



Universitat Autònoma de Barcelona

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi queda condicionat a l'acceptació de les condicions d'ús establertes per la següent llicència Creative Commons:  http://cat.creativecommons.org/?page_id=184

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis queda condicionado a la aceptación de las condiciones de uso establecidas por la siguiente licencia Creative Commons:  <http://es.creativecommons.org/blog/licencias/>

WARNING. The access to the contents of this doctoral thesis it is limited to the acceptance of the use conditions set by the following Creative Commons license:  <https://creativecommons.org/licenses/?lang=en>



**Universitat Autònoma
de Barcelona**

Departamento de Ciencia Política y Derecho Público

**El modelo europeo de cooperación judicial en el
ámbito civil y penal**

Tesis Doctoral para la obtención del grado de Doctor en Política, Políticas
Públicas y Relaciones Internacionales

por

Rebeca Varela Figueroa

Bellaterra, Septiembre de 2016

Directores:

Dr. Rafael Arenas García

Dra. Blanca Vilá Costa

Certifico que he leído esta tesis, que es adecuada y que cumple todos los requisitos de calidad para obtener el grado de Doctor.

Bellaterra, Septiembre de 2016

Dr. Rafael Arenas
Director de la tesis

Dra. Blanca Vilà
Directora de la tesis

Rebeca Varela Figueroa
Doctoranda

*“My dear fellow, I am not quite serious.
But I can't help detesting my relations.
I suppose it comes from the fact that
none of us can stand other people having
the same faults as ourselves”*

Oscar Wilde, THE PICTURE OF DORIAN GRAY (1891)

Agradecimientos

Al final de esta etapa de aprendizaje es importante para mí tomarme un momento para coger aire y recordar a todas aquellas personas que han dedicado uno o muchos momentos a estar a mi lado en el proceso que ahora llega a su fin.

En primer lugar, quiero agradecer a mis directores de tesis la oportunidad de llegar a este momento. A Rafael Arenas, por su dedicación el tiempo invertido en mí, y porque la puerta de su despacho siempre está abierta para quienes queremos pensar. Y a Blanca Vilá, por su curiosidad contagiosa y por enseñarme que se pueden iniciar nuevos caminos en el mundo de la investigación. Con ellos, a toda el Área de Derecho internacional privado, a la Decana Esther Zapater y a los compañeros en el contexto del antiguo IUEE, en especial Lucía, Juan Pablo y Francesc. Gracias también a mi segunda familia académica, la del Instituto de Derecho y Tecnología. A Pompeu Casanovas, por permitirme seguir explorando nuevas incógnitas en el mundo del derecho. Quiero agradecer especialmente a Emma y Jorge, el aire fresco y el impulso intelectual que encuentro en mi trabajo diario con ellos están presentes en este trabajo. Su amistad forjada en las distintas etapas de este tour me motiva a seguir.

No puedo dejar de agradecer a los amigos que durante todos estos años me permitieron desaparecer para trabajar intensamente en esta tesis, y sobre todo me acogieron con los brazos abiertos a la salida del túnel: Alex, Nuria, Fran, Tania, Noela, Alberto y a todos aquellos que me olvidó en este momento pero que saben que mi agradecimiento también les toca.

Y por último, reservo un momento muy especial para recordar que todo esto no hubiese sido posible sin mi familia. A mis padres por el apoyo cuando decidí iniciar esta aventura, y en especial a mi madre por el empuje y el cariño que me dio cada día de la misma. A mi hermano, y a mis abuelos por soportarme en mis encierros en Galicia para concentrarme y escribir. A mis suegros por volver a vivir este proceso con la misma ilusión que la primera vez. Pero sobre todo a Andrea, el apoyo más grande que se puede imaginar, en las pequeñas y grandes decisiones, en el cansancio y las noches sin dormir. Gracias por creer que era posible, que valía la pena, y sobre todo gracias por hacerlo posible a mi lado. Sin su amor y su paciencia hoy no estaría escribiendo estas palabras.

Índice

Agradecimientos	vi
Índice.....	vii
Abreviaciones.....	x
Introducción.....	1
I.Planteamiento del problema y contextualización del objeto del trabajo de investigación.....	1
II.Metodología y estructura del trabajo de investigación.....	5
CAPÍTULO 1. El Desarrollo de un Modelo Europeo de Cooperación Judicial.....	8
I. El concepto de cooperación judicial internacional.	8
I.1.Inexistencia de un concepto definitivo de cooperación judicial internacional.	8
I.2.La evolución del concepto de cooperación judicial en la literatura.	14
II.El desarrollo de un modelo de cooperación judicial en el marco de la Unión Europea.	18
II.1. Evolución histórico-legislativa.	18
II.2.El fundamento de la cooperación judicial en el modelo europeo.	24
II.2.1.El fundamento de la cooperación judicial desde una perspectiva de Derecho Internacional.....	24
II.2.2. El fundamento de la cooperación judicial desde la perspectiva del derecho interno de los Estados....	28
II.2.3. El fundamento de la cooperación judicial desde la perspectiva de la Unión Europea.	31
II.3. El objeto de la cooperación judicial en el modelo europeo.	39
II.3.1. Las actuaciones judiciales de inicio y desarrollo del proceso.	39
II.3.2. La incorporación de la dimensión de los justiciables.	43
III.Conclusiones.	45
CAPÍTULO 2. La Estructura Jurídica del Modelo Europeo de Cooperación Judicial.....	47
I. El reconocimiento mutuo en el modelo europeo de cooperación judicial.	47
I.1.El reconocimiento mutuo como principio jurídico y su papel en el modelo europeo de cooperación judicial.	48
I.1.1.La naturaleza jurídica del reconocimiento mutuo en el ordenamiento de la Unión Europea. ...	48
I.1.2. El principio de reconocimiento mutuo en el modelo europeo de cooperación judicial.	58
I.2.El reconocimiento y la ejecución de decisiones judiciales como objeto de la cooperación judicial. 63	
I.2.1.La incorporación del reconocimiento y la ejecución de decisiones judiciales al concepto de cooperación judicial en el modelo europeo.	63
I.2.2.La progresiva desaparición del exequátur en el modelo europeo de cooperación judicial.	66
II.El principio de confianza mutua y su posición en modelo europeo de cooperación judicial. 74	
II.1.El concepto de confianza mutua en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea.	74
II.2.La naturaleza jurídica del concepto de confianza mutua en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea y en el modelo europeo de cooperación judicial.	74
II.2.1.La problemática de la naturaleza jurídica de la confianza mutua.	74
II.2.2.El encaje de la confianza mutua en la doctrina en materia de principios jurídicos.	77
II.2.3.El encaje de la confianza mutua en la teoría de los principios del derecho de la Unión Europea.....	80
II.2.4.La confianza mutua como principio constitucional de derecho de la Unión Europea.....	84
II.3.El desarrollo del concepto de confianza mutua en el proceso de integración europea.	88
II.4.La justificación y el objeto del principio de confianza mutua en el modelo europeo de cooperación judicial.	92
III.Conclusiones.	97
CAPÍTULO 3. Principales Problemáticas del Modelo Europeo de Cooperación Judicial... 99	
I.Problemáticas de carácter jurídico en el modelo europeo de cooperación judicial.	99

I.1.La protección de los derechos y libertades fundamentales en el marco de la cooperación judicial internacional.....	99
I.1.1.La protección de los derechos y libertades fundamentales en el modelo tradicional de cooperación judicial internacional.....	99
I.1.2. La protección de los derechos y libertades fundamentales en el modelo europeo de cooperación judicial.....	109
I.2.La indeterminación de la estructura del modelo europeo de cooperación judicial.....	125
I.2.1.La relación entre el principio de confianza mutua y el principio de reconocimiento mutuo...	125
I.2.2. El papel de la armonización de los ordenamientos internos de los Estados miembros.....	129
II.Problemáticas de carácter institucional en el modelo europeo de cooperación judicial.....	134
II.1.La independencia judicial como límite a la implementación del modelo europeo de cooperación judicial.....	134
II.1.1.La estructura del poder judicial y su impacto en la implementación del modelo europeo de cooperación judicial.....	134
II.1.2. El papel del juez nacional en el modelo europeo de cooperación judicial.....	140
II.2. La implementación efectiva del modelo europeo de cooperación judicial.....	145
II.2.1. Los mecanismos de evaluación y control del modelo europeo de cooperación judicial.....	145
II.2.2. El papel de las agencias.....	153
III.Conclusiones.....	159

CAPÍTULO 4. La Aplicación en el Ámbito Civil: la Adopción de Medidas Cautelares en los Procedimientos Civiles..... 162

I. Antecedentes.....	162
I.1.La adopción de medidas cautelares en el modelo clásico de cooperación judicial en materia civil.....	162
I.2.La adopción de medidas en el modelo europeo de cooperación judicial en materia civil: el régimen de Bruselas.....	167
II.Sistema actual de medidas cautelares transnacionales en el modelo europeo de cooperación judicial civil.....	170
II.1. Marco normativo.....	170
II.1.1.Las medidas cautelares en el Reglamento 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.....	170
II.1.2. La Orden Europea de retención de cuentas bancarias.....	172
II.1.3. Las medidas cautelares en el derecho de familia europeo.....	173
II.1.4. Las medidas cautelares en otros instrumentos europeos.....	175
II.2.La adopción de medidas cautelares en el modelo europeo de cooperación judicial.....	176
II.2.1.El concepto de medidas cautelares en el modelo europeo de cooperación judicial.....	176
II.2.2.La competencia judicial internacional para la adopción de medidas cautelares en el modelo europeo de cooperación judicial.....	181
II.3.La ejecución de las medidas cautelares y los derechos de la persona afectada.....	187
II.3.1.El reconocimiento y la ejecución de medidas cautelares en el modelo europeo de cooperación judicial.....	187
II.3.2.El equilibrio entre los derechos de las partes en la obtención de tutela cautelar en el modelo europeo de cooperación judicial.....	193
III.Conclusiones.....	199

CAPÍTULO 5. La Aplicación del Modelo Europeo de Cooperación Judicial en el Ámbito Penal: la Obtención de Prueba 201

I.La práctica de la prueba en la cooperación judicial penal.....	201
I.1.La prueba penal en el modelo clásico de cooperación judicial penal.....	201
I.2.La prueba penal en el modelo europeo de cooperación judicial penal.....	207
I.2.1.Los primeros instrumentos del modelo europeo de cooperación judicial en materia de prueba en el proceso penal.....	207
I.2.2. El Exhorto Europeo de obtención de prueba en materia penal.....	208
II.El mecanismo de la Orden Europea de Investigación.....	212
I.1. Antecedentes.....	212
II.2. El contenido de la Orden Europea de Investigación.....	215

II.2.1. Ámbito de aplicación.	215
II.2.2. Las autoridades involucradas.	219
II.2.3. Condiciones y procedimiento de emisión y recepción.	221
II.3. La ejecución y participación de la defensa en la OEI.	226
II.3.1. Procedimiento de ejecución.	226
II.3.2. Causas de denegación.	228
II.3.3. El papel de la defensa y el sistema de recursos.	234
III. Conclusiones.	237
CONCLUSIONES	239
I. El modelo europeo de cooperación judicial.	239
II. Los avances del modelo europeo de cooperación judicial.	241
III. Los retos del modelo europeo de cooperación judicial.	245
 Bibliografía	251
Decisiones judiciales citadas.	271

Abreviaciones

BOE: Boletín Oficial del Estado

CEDH: Convenio europeo de derechos humanos

CEPOL: Agencia europea para la formación policial

Cfr.: *Conferre*

DIPr: Derecho internacional privado

DO: Diario Oficial de la Comunidad Europea/Unión Europea

EASO: Oficina europea de apoyo al asilo

ELSJ: Espacio de libertad, seguridad y justicia

EUROJUST: Agencia europea de cooperación penal

EUROPOL: Oficina Europea de policía

Ibid.: *Ibidem*

LOPJ: Ley orgánica del poder judicial

LEC: Ley de enjuiciamiento civil

LECrim: Ley de enjuiciamiento criminal

OEDE: Orden europea de detención y entrega

OEI: Orden europea de investigación

OERC: Orden europea de retención de cuentas bancarias

OLAF: Oficina europea de lucha contra el fraude

Op.cit.: *Opere citato*

REDI: Revista española de Derecho internacional

RJUE: Red judicial europea

TEDH: Tribunal europeo de derechos humanos

TFUE: Tratado de funcionamiento de la Unión Europea

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TUE: Tratado de la Unión Europea

UE: Unión Europea

Vid.: *Vide*

INTRODUCCIÓN

I. Planteamiento del problema y contextualización del objeto del trabajo de investigación.

En las últimas décadas hemos asistido a un importante proceso de internacionalización de nuestras sociedades. El contacto entre instituciones y personas, tanto físicas como jurídicas, de distintos países ha pasado de constituir una excepción en la vida de los seres humanos a convertirse en la regla general.¹ Desde la perspectiva del Derecho, este desarrollo de las relaciones que podrían denominarse internacionales ha dado lugar a un aumento y una internacionalización paralela, de las relaciones jurídicas. Dentro de este proceso, cabe destacar en primer lugar, la multiplicación de las relaciones jurídico-privadas que presentan este elemento de internacionalidad.² Un aumento que es identificable no sólo en el sector más visible de los negocios internacionales, sino también en el del estatuto personal o las relaciones familiares.³ Desde el punto de vista de la disciplina más específica del Derecho internacional privado esto supone a su vez un aumento exponencial de los supuestos de hecho que presentan un elemento de extranjería y que pueden dar lugar a las denominadas situaciones privadas internacionales, que por lo tanto formarían parte del objeto de estudio de esta rama del Derecho. Este efecto se ha visto igualmente reflejado en la literatura con el aumento de los trabajos dedicados al ámbito del Derecho procesal civil internacional, puesto que la internacionalización de las relaciones jurídico-privadas tiene un efecto especialmente importante en relación a los procesos de administración de justicia por parte de las autoridades responsables en cada Estado. En efecto, dicha internacionalización genera directamente, un aumento de aquellos supuestos en los que, en el ejercicio de la función jurisdiccional, las autoridades judiciales de un determinado Estado se encuentran ante litigios en los que, alguno de los elementos relevantes para la administración de justicia, se sitúa en el territorio de otro Estado. Estos elementos pueden ser la localización de uno de los sujetos de la relación jurídica que es objeto de

¹ M. Castells, *Information Age: Economy, society and Culture. Volume I: The rise of the Network Society* (Oxford: Blackwell Publishing Ltd, 1996).

² M. Faure y A. J. Van der Walt, eds., *Globalization and private law: the way forward* (Cheltenham, Reino Unido: Edward Elgar, 2010).

³ B. Stark, «When Globalization Hits Home: International Family Law Comes of Age», *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 39, n.º 5 (2006): 1551-1603.

controversia, los elementos de prueba necesarios para la correcta adjudicación del litigio, o los bienes sobre los que ha de realizarse la ejecución de la decisión final.

Una situación similar se ha producido en relación al Derecho penal. De nuevo el proceso de globalización ha dado lugar a una expansión de los fenómenos criminológicos que, especialmente como consecuencia del desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación, se han convertido en gran medida en fenómenos no vinculados a un determinado territorio.⁴ Las autoridades responsables han respondido a estos fenómenos reforzando los mecanismos de cooperación, especialmente en lo que se refiere a la persecución policial de este tipo de actividades. Sin embargo, para que el sistema de lucha contra la criminalidad sea efectivo, es necesario que esta dimensión colaborativa sea aplicada también en el marco de las relaciones entre autoridades judiciales. Al igual que ocurre en el caso de la justicia civil, los jueces de lo penal se encuentran, cada vez con más frecuencia, con elementos que se ubican en otro Estado, siendo los más frecuentes, la necesidad de localizar y trasladar al Estado del procedimiento al investigado o acusado y la obtención de pruebas situadas en el extranjero. La literatura en materia de criminalidad transnacional y Derecho procesal privado internacional se han ocupado del estudio de estos fenómenos.

Tradicionalmente las necesidades derivadas de la aparición en un procedimiento judicial de elementos de extranjería han sido resueltas por los Estados a través del establecimiento de relaciones de cooperación judicial internacional. Estas relaciones de cooperación se recogen en acuerdos internacionales de carácter multilateral o bilateral que permiten a las autoridades judiciales obtener la colaboración y asistencia de sus homólogos en otros Estados, con el objetivo de alcanzar una buena administración de justicia. Algunas instituciones internacionales han sido especialmente activas en este sector. Es el caso de la Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado, para las cuestiones en materia civil y mercantil; y el Consejo de Europa en materia penal. Sin embargo, la actividad bilateral se ha mantenido a lo largo del tiempo, como puede verse en el caso español. En efecto, España cuenta actualmente con un total de 51 acuerdos internacionales en materia de cooperación judicial (19 en materia civil y 32 en materia penal), el más antiguo adoptado en 1882 y el último en 2012.⁵ Es más, los Estados

⁴ D. Nelken, «The Globalization of Crime and Criminal Justice: Prospects and Problems», *Current Legal Problems* 50, n.º 1 (1 de enero de 1997): 251-77; S. Fukuda-Parr, «New Threats to Human Security in the Era of Globalization», *Journal of Human Development* 4, n.º 2 (julio de 2003): 167-79; K.F. Franco Aas, *Globalization & crime*, 2nd ed, Key approaches to criminology (London: SAGE, 2013).

⁵ Datos extraídos del Prontuario de auxilio judicial internacional, disponibles en:

tienden a incorporar en su ordenamiento jurídico normas de Derecho autónomo que cubren, tanto las obligaciones de sus autoridades judiciales cuando se encuentran ante la necesidad de recurrir a elementos situados en el territorio de otro Estado, como la actitud que ha de mantenerse frente a solicitudes recibidas. En el caso del ordenamiento español, estas normas se encuentran recogidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial,⁶ y han sido recientemente reformadas⁷ como consecuencia de la aprobación de la nueva Ley en materia de asistencia jurídica.⁸

Como consecuencia de esta dispersión normativa la cooperación judicial internacional constituye un sector altamente fragmentado en el que resulta complejo extraer conclusiones generalizables desde una perspectiva teórica. Una dificultad que se observa en la gran diferencia de perspectivas adoptadas por los autores más relevantes en la literatura. Así pueden encontrarse grandes divergencias entre obras clásicas y otras de carácter posterior en lo que se refiere al concepto, el alcance o la naturaleza de la cooperación judicial en materia civil.⁹ Por lo que se refiere a la materia penal tradicionalmente se ha prestado más atención al fenómeno concreto de la extradición mientras que la cooperación judicial general ha quedado al margen.¹⁰ Una perspectiva que se deriva del hecho de que tradicionalmente ambas cuestiones han sido reguladas de manera separada en la escena internacional.¹¹

El proceso de integración supranacional desarrollado en el contexto de la Unión Europea ha contribuido en gran medida, en relación a sus Estados miembros, a

<http://www.prontuario.org/portal/site/prontuario>

⁶ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE no 157, de 2 de julio de 1985, pág. 20632-20678. Sobre el encaje entre las disposiciones de derecho interno y el marco europeo e internacional vid. C. González Beilfuss, «La cooperación internacional de autoridades: articulación del derecho internacional privado interno y convencional y el derecho internacional privado comunitario», *Anuario español de Derecho internacional privado*, n.o 8 (2008): 766-68.

⁷ Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE n° 174, de 22 de Julio de 2015, pág. 61593-61660.

⁸ Ley 29/2015 de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, BOE n° 182, de 31 de julio de 2015, pág. 65906-65942.

⁹ Una perfecta ejemplificación se encuentra en las posiciones mantenidas por Capatina y Schlosser en sus cursos en la Academia de La Haya con 17 años de diferencia. Cfr. O. Capatina, «L'entraide judiciaire internationale en matière civile et commerciale», en *Recueil des Cours*, vol. 179, 1983, 305-413; P. Schlosser, «Jurisdiction and international judicial and administrative cooperation», en *Recueil des Cours*, vol. 284, 2000, 9-428.

¹⁰ N. Parisi, «Brief remarks on judicial co-operation in criminal matters and the rights of individuals in the light of international and domestic praxis», en *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio Ruiz*, vol. III (Nápoles: Editoriale Scientifica, 2004), 2081-2106.

¹¹ Así puede verse en el caso de los dos instrumentos internacionales más importantes en la materia, adoptados con dos años de diferencia en el seno del Consejo de Europa: *Convenio Europeo de Extradición, hecho en París el 13 de diciembre de 1957*, BOE n° 136, de 8 de junio de 1982, pág. 15454-15462; «Convenio Europeo de asistencia judicial en materia penal, hecho en Estrasburgo el 20 de abril de 1959», en BOE n° 223, de 17 de septiembre de 1982, pág. 25166-25174.

incrementar el volumen de este tipo de supuestos en los que la administración de justicia adquiere un carácter supranacional. Y ello como consecuencia, fundamentalmente, de la implementación de las cuatro libertades establecidas en este proceso de integración: la libre circulación de mercancías, servicios, personas y capitales. En efecto, la eliminación de las fronteras interiores en todos estos sectores ha dado lugar a lo que podría denominarse una eliminación de las fronteras jurídicas. Ello no significa que el ejercicio de la potestad jurisdiccional de los Estados miembros de la Unión Europea no siga estando íntimamente ligada a la idea de territorio y Estado soberano. Sin embargo, las relaciones jurídicas ya no están, en gran medida, sujetas a estos dos elementos. De algún modo se ha generado un libre establecimiento y una libre circulación de las relaciones jurídicas en el territorio de la Unión Europea.

Las instituciones europeas fueron conscientes de esta realidad desde los primeros momentos de la integración. El interés de los Estados miembros en las cuestiones de Justicia aparece efectivamente ligado a la implementación del mercado interior, así el tratado de Maastricht, en el que por primera vez se incluyen las actuaciones en materia de cooperación judicial en el ámbito del proceso de integración, se caracterizaba por hacer depender dichas cuestiones de la necesidad de garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior. Sería el Tratado de Ámsterdam¹² el que introduciría la idea de que alcanzar dicho objetivo requiere el establecimiento de un Espacio común de libertad, Seguridad y Justicia en el que los ciudadanos puedan disfrutar de sus derechos con independencia del lugar en que se encuentren.

A partir de la incorporación de esta idea al derecho primario se produciría en la Unión Europea un gran desarrollo de los trabajos relacionados con la cooperación judicial y la adopción de numerosos textos normativos en el sector. El Consejo de la Unión Europea consideró, en su reunión en Tampere en 1999,¹³ que el desarrollo de dicho espacio constituía una de las máximas prioridades de la Unión. Sin embargo, sería el Tratado de Lisboa¹⁴ el que finalmente daría a la cooperación judicial, en el modelo europeo, el impulso definitivo al proceder a su desvinculación final del objetivo del mercado interior.¹⁵ Así se sitúa el desarrollo de un espacio de libertad, seguridad y

¹² *Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos* (Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1997).

¹³ Consejo Europeo, *Conclusiones Del Consejo de Tampere*, vol. 00300/1/99, 1999.

¹⁴ Unión Europea, «Tratado de Lisboa. Por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (2007/C 306/01)», 2007.

¹⁵ *Tratado de la Unión Europea*, DO C 326, de 25 de octubre de 2012, pág. 13-46.

justicia como objetivo fundamental de la Unión para que los ciudadanos puedan disfrutar de una protección de sus derechos en todo el territorio de la Unión Europea.

En este contexto, el desarrollo de la cooperación judicial entre autoridades judiciales de distintos Estados miembros ha sido objeto de un intenso desarrollo por parte del legislador europeo. Un desarrollo que cubre tanto el ámbito civil¹⁶ como penal,¹⁷ abarcando un amplio espectro de actuaciones judiciales. Sin embargo, una rápida aproximación a estos instrumentos legislativos y a la literatura en la materia ponen de manifiesto que la actuación de la Unión Europea en este ámbito no se ha limitado a la adopción de normas propias como si se tratase de acuerdos multilaterales entre los Estados miembros. Sino que, por el contrario, ha procedido a reformar profundamente dicho ámbito, cuando se trata de cooperación interna entre autoridades de dos Estados miembros. Una reforma que abarca los principios en los cuales se fundamenta el conjunto del sector, el objeto del mismo o los poderes que corresponden a cada una de las autoridades involucradas.

La profundidad de esta reforma permite plantearse si el campo de la cooperación judicial en el Derecho de la Unión Europea sigue respetando el modelo jurídico del mismo en el contexto tradicional de las relaciones internacionales entre Estados soberanos o si, por el contrario, el desarrollo propio ha dado lugar a un nuevo modelo europeo de cooperación judicial. La respuesta a esta cuestión exige proceder a identificar cuáles son los elementos definitorios de este nuevo modelo y su estructura jurídica, así como verificar su aplicación en los distintos ámbitos de la administración de justicia.

II. Metodología y estructura del trabajo de investigación.

Para dar respuesta a la problemática planteada, este trabajo se inicia con un análisis de los aspectos que justifican la existencia de un nuevo modelo en relación al tratamiento de las cuestiones de cooperación judicial en el marco del ordenamiento jurídico de la Unión Europea. Así, el capítulo 1 parte del estudio del concepto de cooperación judicial internacional tal y como este ha sido desarrollado tradicionalmente en los instrumentos normativos y en la literatura, para definir los elementos

¹⁶ Comisión Europea, «Judicial cooperation in civil matters in the European Union. A guide for legal practitioners.», 2014.

¹⁷ M. Jimeno-Bulnes, «European Judicial Cooperation in Criminal Matters», *European Law Journal* 9, n.º 5 (2003): 614-30.

característicos de este sector en el modelo tradicional de Derecho internacional. A continuación, se procede a la realización de un estudio similar de dicho concepto en el contexto de su evolución en el marco de la Unión Europea, con especial atención a la determinación de cuál es el fundamento y el objeto del mismo en el nuevo modelo europeo.

El segundo capítulo aborda la identificación y análisis de los elementos estructurales identificados como especialmente importantes de este nuevo modelo europeo de cooperación judicial. Así, empieza por el reconocimiento mutuo con el objetivo de establecer una clara demarcación respecto de cuándo este concepto ejerce de principio jurídico en el ámbito de referencia y cuándo aparece únicamente como parte del objeto del mismo. En su función de principio se aborda la clarificación de la naturaleza jurídica del mismo y su rol en el contexto del modelo estudiado. En su segunda dimensión, se analiza la inclusión del reconocimiento de decisiones como parte del objeto de la cooperación judicial en su configuración en el contexto de la Unión Europea, para proceder así a continuación, a presentar el proceso de progresiva eliminación de los procedimientos intermedios de exequátur en este campo. El segundo de los elementos estructurales expuesto es el de la confianza mutua entre los Estados miembros. En este caso el capítulo presta especial atención a la determinación de la naturaleza jurídica de este ambiguo concepto y su posición en el modelo europeo.

Una vez identificadas las características jurídicas fundamentales del modelo europeo de cooperación judicial el capítulo 3 se aproxima a las distintas problemáticas identificables en el mismo. En primer lugar, se abordan las dificultades de índole jurídica que el modelo ha experimentado en su proceso de implementación en los distintos ámbitos del Derecho de la Unión Europea. Así, se identifica entre estos la tensión existente entre la mejora de la eficiencia en la administración de justicia y la protección de los derechos humanos de las personas involucradas. A continuación, se estudian los problemas, tanto teóricos como prácticos, derivados de la indeterminación de la estructura del modelo europeo de cooperación judicial, y en concreto los que se derivan de las relaciones entre los principios de confianza y reconocimiento mutuos y el proceso de armonización de los Derechos internos de los Estados miembros. En segundo lugar aparecen recogidos los problemas de tipo institucional, centrados en la estructura y el papel de las autoridades judiciales competentes en el modelo europeo, y los limitados poderes de evaluación y control de que dispone la Unión Europea respecto

de la aplicación que éstas hagan de los instrumentos concretos adoptados dentro del modelo.

Los capítulos 4 y 5 plantean el análisis de la aplicación del modelo europeo de cooperación judicial en los ámbitos civil y penal respectivamente. Así el capítulo cuarto presenta dicho modelo en lo que se refiere a las medidas cautelares en el contexto de la Unión Europea. La elección de este ámbito responde a la posibilidad que ofrece de observar el funcionamiento de todos los aspectos de la cooperación entre autoridades judiciales, desde la incoación del proceso por parte del actor, hasta el reconocimiento y la ejecución de la resolución adoptada.

Por su parte, el capítulo 5 se centra en la aplicación del modelo al campo de la obtención de prueba en el proceso penal. Un aspecto clave en este tipo de procedimiento que ha experimentado grandes cambios en el marco europeo desde el modelo tradicional hasta la reciente adopción de la Orden europea de investigación, en la que pueden observarse algunos de los elementos más característicos de dicho modelo.

El objetivo final es el de presentar una visión global del fenómeno de la cooperación judicial entre autoridades de distintos Estados cuando esta se produce en el contexto de la Unión Europea. Las novedades aportadas por el modelo europeo en esta materia exigen una detallada exposición que permita identificar los avances y los retos de este ámbito de especial relevancia para la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos europeos.

CAPÍTULO 1

EL DESARROLLO DE UN MODELO EUROPEO DE COOPERACIÓN JUDICIAL

I. El concepto de cooperación judicial internacional.

I.1. Inexistencia de un concepto definitivo de cooperación judicial internacional.

A lo largo de la historia, muchas son las denominaciones que se han empleado para describir el fenómeno de la colaboración entre autoridades judiciales de distintos Estados en el ejercicio de su poder jurisdiccional: cooperación judicial internacional, cooperación transfronteriza,¹⁸ cooperación jurídica,¹⁹ asistencia judicial internacional.²⁰ Esta dispersión terminológica se mantiene en la actualidad y no ha sido resuelta ni a nivel académico ni a nivel normativo. No es posible, sin embargo reducir el problema a su dimensión semántica, ya que la mayor parte de las dificultades que se presentan en este campo del derecho derivan, en realidad, de un problema conceptual de fondo.²¹ A

¹⁸ P. Schlosser, «Jurisdiction and international judicial and administrative cooperation», *op.cit.* nota 9.

¹⁹ Ley 29/2015, *op.cit.* nota 8.

²⁰ Capatina, «L'entraide judiciaire internationale en matière civile et commerciale», *op.cit.* nota 9.

²¹ Un elemento clave, a la hora de delimitar el concepto de cooperación internacional, es el de diferenciar entre la cooperación judicial y la cooperación de autoridades. Un aspecto que se ha analizado de manera recurrente por parte de la doctrina y para el que no puede hablarse de una solución definitiva. El primero de los problemas que se planteó en relación a la definición del concepto de autoridad en el contexto de la cooperación internacional es el relativo a las autoridades consulares o diplomáticas. Szászy afirma que este tipo de autoridades han de tener una participación limitada en asuntos judiciales, pero que el elemento que determina que se considere una actuación como cooperación judicial se deriva de la naturaleza del acto realizado y no de la autoridad competente para realizarlo (I. Szászy, *International Civil Procedure: A comparative Study* (Budapest: Akadémia Kiadó, 1967), 644-645). En la misma línea que Szászy puede situarse la postura de Pérez Milla para quien, entre los elementos que componen el adjetivo “judicial” al hablar de cooperación internacional se encuentra la naturaleza de los actos a realizar, el procedimiento empleado, el momento en que se produce y la función jurisdiccional que se persigue, pero no la naturaleza de los órganos a los que se encarga (J. Pérez Milla, *La notificación judicial internacional* (Granada: Comares, 2000), 5). Capatina es todavía más claro al afirmar que “ Su carácter judicial es independiente de la naturaleza de los agentes que concurren a la realización de los actos. Importa poco que sean funcionarios ministeriales, autoridades administrativas o simples particulares... se trata de una cooperación definida por su objeto, a saber la *materia judicial*”. (Capatina, «L'entraide judiciaire internationale en matière civile et commerciale», *op.cit.* nota 9: 319-320.) Respecto de las actuaciones de particulares Arenas García mantiene una posición distinta entendiendo que “para que podamos afirmar que estamos ante un supuesto de cooperación internacional de autoridades que quien realice la solicitud en el Estado requirente pueda ser considerado como una autoridad del mismo”. (R. Arenas García, «Relaciones entre cooperación de autoridades y reconocimiento», *AEDIPr* 0 (2000): 235). García Cano, por su parte, considera que solo a partir de la aparición de la figura de las Autoridades Centrales puede hablarse de cooperación internacional de autoridades *strictu sensu*, dejando fuera de este concepto, por lo tanto, la vía consular (S. García Cano, «Evolución de las técnicas de cooperación internacional entre autoridades en el derecho internacional privado», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie año

pesar de la importancia que este tipo de actividades presenta en las sociedades actuales no podemos afirmar todavía la existencia de un concepto único e inequívoco de cooperación judicial internacional.

El debate en cuanto al concepto de la práctica jurídica que nos ocupa es un debate antiguo, que puede ejemplificarse con claridad a través de las contradicciones presentes en la definición del mismo ofrecidas por dos importantes autores, en el mismo momento histórico. Así, Szásky consideraba que “la asistencia judicial internacional puede definirse como la cooperación de una autoridad judicial extranjera para la institución de un procedimiento, judicial o extrajudicial, o para la ejecución de decisiones judiciales en respuesta a una petición que se le realiza”.²² Por el contrario, para Pocar el reconocimiento y ejecución de sentencias no formaba parte de este campo de la asistencia judicial internacional, que para él se definía como “...fenómenos de colaboración, que se verifican en una ayuda proporcionada por un Estado a un Estado extranjero con el propósito de llevar a cabo o desarrollar en el mejor modo posible determinadas actividades relativas a la función jurisdiccional de este último”.²³ Más allá de las diferencias existentes entre cada uno de los conceptos de cooperación judicial internacional desarrollados por la literatura, y reflejados en los textos internacionales, tanto bilaterales como multilaterales, es posible identificar en cualquier caso un presupuesto de partida común a todos ellos: la limitación territorial del poder jurisdiccional de un Estado soberano a su propio territorio.²⁴ Los poderes de que

XXXVIII, n.º 112 (enero-abril de de 2005): 79). En este sentido Van Loon opina que, en realidad, la cooperación administrativa y la cooperación judicial constituye un único tipo de cooperación internacional, diferenciando solo por el tipo de autoridad que la realiza. El argumento empleado para afirmar la unidad conceptual de estos dos supuestos es que se trata siempre de autoridades que “work together in the interest of private parties despite differences in their procedural laws and administrative systems”. («The increasing significance of international co-operation for the unification of private international law», en *Forty years on: the evolution of postwar private international law in Europe* (Deventer: Kluwer, 1990), 102). A pesar de las posturas diferentes que pueden encontrarse al establecer los límites entre los conceptos de cooperación judicial o cooperación de autoridades, parece existir una tendencia generalizada a incluir dentro del primer concepto todas aquellas actuaciones que supongan el ejercicio de la función jurisdiccional, con independencia de la naturaleza de la autoridad que haya de realizarla. A los efectos de este trabajo se entenderá por cooperación judicial todos aquellos actos que la legislación europea incluye dentro de la materia de colaboración entre Estados miembros en materia de administración de justicia en asuntos transnacionales, para la protección del derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos europeos.

²² Szászy, *International Civil Procedure: A comparative Study*, *op.cit.* nota 21.

²³ F. Pocar, *L'assistenza Giudiziaria Internazionale in Materia Civile* (Padova: CEDAM, 1967): 4.

²⁴ Pueden encontrarse múltiples afirmaciones jurisprudenciales de la territorialidad soberana de los poderes públicos de un Estado, en lo que se refiere en particular al poder jurisdiccional, *vid.* Corte Internacional de Justicia, “Sentencia N.º 9, Asunto Lotus, de 7 de noviembre de 1927” (C.I.J. Publicaciones, Serie A, n.10, 1927):18. En dicha sentencia, la Corte consideró que “now, the first and foremost restriction imposed by international law upon a State is that- failing the existence of a permissive rule to the contrary- it may not exercise its power in any form in the territory of another State. In this sense jurisdiction is certainly territorial; it cannot be exercised by a State outside its territory”.

disponen los órganos jurisdiccionales de un Estado, para el ejercicio de su autoridad, y en especial los poderes coercitivos, tienen un ámbito de eficacia limitado que se extingue más allá de las fronteras del propio Estado soberano. Y ello porque el ejercicio del poder jurisdiccional constituye uno de los elementos fundamentales de la soberanía nacional. Podemos decir, por lo tanto, que las fronteras de un Estado constituyen desde la perspectiva que nos ocupa fronteras procesales. Es decir que, cuando en el transcurso de un proceso judicial una autoridad de un Estado A se encuentra con la necesidad de desarrollar actividades que suponen el despliegue de poder jurisdiccional más allá de esas fronteras, y por tanto en el territorio de un Estado B, la soberanía de este último ejerce de límite impidiendo el desarrollo directo de dichas actuaciones. Es por tanto esta dimensión soberana del Estado extranjero la que, en primer lugar, impide la realización de actividades de administración de justicia dentro de un territorio extranjero a las autoridades del Estado de origen. Pero al mismo tiempo, la soberanía ejerce también de límite negativo, impidiendo a autoridades de terceros estados el desarrollo de dichas actividades en el propio territorio de cada Estado soberano. Desde la perspectiva del Derecho Internacional Público, por lo tanto, el ejercicio de cualquier acto jurisdiccional, no autorizado,²⁵ en el territorio de otro Estado implica una violación del principio de la soberanía del mismo y puede dar lugar a las sanciones previstas para estos supuestos. Sin embargo, esta limitación territorial del poder jurisdiccional no se corresponde con una limitación en la realidad y en los supuestos de hecho en los que es necesario administrar justicia.

La presencia de elementos de extranjería en los procedimientos judiciales no es, desde luego, una novedad. Si bien es cierto que en los últimos años se ha producido una generalización de estos supuestos, derivada de los procesos de globalización y de la siempre creciente movilidad de personas, servicios y capitales. Este elemento “distorsionador”, este punto de conexión con un Estado distinto de aquel del foro, en el que la autoridad judicial ejerce su poder, puede manifestarse en diferentes momentos procesales y presentar asimismo distintas naturalezas. Los elementos situados en un Estado distinto pueden referirse a las partes involucradas en un proceso, a la situación en dicho país de importantes elementos de prueba o a la necesidad de obtener información sobre hechos relevantes para la resolución del litigio que se encuentran en

²⁵ La excepción contenida en la Sentencia Lotus relativa a los actos jurisdiccionales autorizados por el Estado soberano en cuyo territorio se han de llevar a cabo fundamenta la distinción clásica entre las dos modalidades de cooperación judicial internacional: la cooperación directa o activa y la cooperación indirecta o pasiva a la que se hará referencia posteriormente.

el mismo. En cualquier caso, el mínimo común denominador de este tipo de supuestos es la imposibilidad para la autoridad judicial de un Estado de realizar, por ella misma, las actividades necesarias para obtener dichos resultados.

En la intersección de los dos elementos presentados hasta ahora, por una parte la limitación territorial de la soberanía jurisdiccional de los Estados; y por otra la necesidad de resolver cuestiones derivadas de la presencia de elementos externos a la propia jurisdicción, pero al mismo tiempo necesarios para la correcta administración de justicia; es donde se encuentra el fenómeno de la cooperación judicial internacional. Ante la imposibilidad con que se encuentra el juez, o autoridad competente, de obtener los elementos que le son fundamentales para llevar a cabo un proceso judicial, puesto que estos se encuentran en un territorio en el que carece de prerrogativas, se abren, desde una perspectiva teórica, dos posibilidades. La primera de estas opciones consistiría en obviar dichos elementos y continuar el procedimiento, como si se tratase de una cuestión de naturaleza puramente interna, sin vínculos con otros Estados miembros. Es decir otorgando la respuesta procesal prevista en el ordenamiento jurídico del foro para los supuestos de imposibilidad de disponer del elemento de que se trate por circunstancias, de tipo fáctico o jurídico, puramente internas y no relacionadas con el territorio de un Estado soberano distinto. Es decir, en el ejemplo de un proceso judicial en el desarrollo del cuál la autoridad judicial del Estado A necesita obtener un documento de prueba que se encuentran en el Estado B, esta primera opción teórica supondría que, ante la imposibilidad para dicha autoridad de obtener coercitivamente el documento relevante, puesto que supondría una violación de la soberanía del Estado B, se procediese a dar la respuesta procesal prevista en el ordenamiento jurídico interno para los supuestos de imposibilidad por desaparición del documento que constituye prueba.

La segunda de las opciones es precisamente la que da lugar al fenómeno de la cooperación judicial internacional. La autoridad del Estado del foro, ante la imposibilidad, derivada del Derecho Internacional y del respecto al principio de inviolabilidad de la soberanía de los Estados, de realizar por sí misma los actos procesales requeridos; y no pudiendo obviar la necesidad de los mismos, como consecuencia de las consideraciones oportunas de buena administración de justicia; ha de solicitar asistencia del Estado en que hayan de realizarse las nombradas actuaciones. Cuando la autoridad del Estado requerido responde a la solicitud recibida lo hace a través de la cooperación judicial internacional, una serie de normas, instituciones y mecanismos que canalizan los intercambios entre Estados en la materia. Un tercera

posibilidad es la de que el Estado en el que han de realizarse las actuaciones autorice que autoridades del Estado donde se desarrolla el procedimiento puedan acceder a realizarlas en su territorio. En efecto, dentro de este conjunto de actividades de cooperación judicial la doctrina ha distinguido tradicionalmente entre la llamada cooperación directa o activa y la cooperación indirecta o pasiva.²⁶ El criterio de diferenciación entre las dos modalidades tiene su origen en la limitación territorial del poder soberano de un Estado expuesta con anterioridad. De este modo se define como cooperación activa aquella que se produce cuando el Estado al que se requiere asistencia, desarrolla a través de sus propias autoridades las acciones que, dentro de su territorio, resulten necesarias para el desarrollo del proceso judicial en el Estado requirente. En esta modalidad de cooperación entre autoridades judiciales, por lo tanto, el Estado requerido mantiene una postura rígida respecto de su soberanía y la inviolabilidad de la misma, y ante la imposibilidad de que el Estado solicitante actúe directamente sobre su territorio, pone a disposición a sus propios órganos para llevar a cabo las actuaciones necesarias. La cooperación activa es el mecanismo usado con mayor frecuencia, en la práctica, en la relación entre Estados y el que ha sido y es objeto frecuente de acuerdos internacionales, tanto bilaterales como multilaterales.²⁷ Constituye por lo tanto lo que podría definirse como la modalidad clásica de cooperación. Sin embargo no está ausente de problemas, siendo el más frecuente la existencia de distintos protocolos en cuanto a las exigencias y formalidades en la ejecución de las actividades procesales solicitadas en los dos países, lo que puede dar lugar a problemas en cuanto a la eficacia de las mismas en el proceso judicial de origen.²⁸

Este tipo de dificultades han dado lugar, en los últimos años a un debate²⁹ sobre la conveniencia de la utilización de experiencias de cooperación de tipo pasivo o indirecto.

²⁶ M. Frigo y L. Fumagalli, *L'assistenza Giudiziaria Internazionale in Materia Civile* (Padova: CEDAM, 2003).

²⁷ Es el mecanismo empleado en los convenios de la Conferencia de Derecho Internacional Privado de la Haya o en los Tratados bilaterales firmados por España, *inter alia*, *Convenio de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, firmado en Madrid el 30 de mayo de 1997*, BOE nº 151, de 25 de junio de 1997, pág. 19583-19587; *Tratado de Extradición y Asistencia Judicial en materia penal entre el Reino de España y la República Argentina, firmado en Buenos Aires el 3 de marzo de 1987*, BOE nº 170, de 17 de julio de 1990, pág. 20558-20562.

²⁸ La cuestión relativa a los efectos y la eficacia de las actividades derivadas de la cooperación judicial se discute con detenimiento en un momento posterior. En este momento interesa solo destacar su relevancia como uno de los elementos determinantes de la tendencia internacional al aumento de actividades de cooperación judicial pasiva o indirecta.

²⁹ La cooperación indirecta o pasiva ha sido acogida en los textos de cooperación judicial adoptados por la Unión Europea como se desarrollará en un momento posterior.

Este segundo sistema se caracteriza por la verificación de una atenuación, por parte del Estado requerido, de la rigidez de la inviolabilidad de su soberanía. Se trata en realidad de los supuestos de “autorización” a los que hace referencia la Corte Internacional de Justicia en la Sentencia Lotus.³⁰ En esta modalidad, las actuaciones procesales son desarrolladas por autoridades del Estado solicitante que se desplazan al territorio del Estado requerido con el acuerdo de este. Este nuevo mecanismo ha permitido solucionar algunos de los problemas clásicos que había planteado el sistema de cooperación judicial, tales como el tiempo empleado o la ejecución adecuada de lo requerido. El elemento característico de esta modalidad es la autorización emitida por el Estado requerido de modo que “... aún cuando no se solicite ninguna actividad positiva a los órganos del Estado, el comportamiento de este resulta decisivo, puesto que en defecto de cooperación el acto no podría llevarse (lícitamente) a cabo”.³¹ Sin embargo, la evolución de este mecanismo y su incorporación a los textos internacionales están siendo lentas por las reticencias de los Estados a realizar cualquier tipo de cesión de soberanía. Así, en el contexto de los acuerdos internacionales multilaterales el recurso a la cooperación indirecta ha sido empleado únicamente³² en el reciente Convenio de La Haya de Protección de adultos³³ que en su artículo 33 permite a una autoridad de un Estado A la “colocación del adulto en un centro u otro lugar en el que pueda prestársele protección” aún cuando “dicha colocación va a tener lugar en otro Estado contratante”. Es decir, se permite a una autoridad competente de un Estado ordenar el internamiento de una persona en una institución de otro Estado miembro, extendiendo por lo tanto los efectos, en este caso, de su poder jurisdiccional al territorio físico de otro Estado. Sin embargo, tal y como hemos visto, esta posibilidad se somete en todo momento a la

³⁰ Corte Internacional de Justicia, Asunto Lotus, *op.cit.* nota 24.

³¹ Frigo y Fumagalli, L'assistenza Giudiziaria Internazionale in Materia Civile, *op.cit.* nota 6: 6.

³² Es posible reflexionar sobre la posible calificación como supuestos de cooperación pasiva o indirecta de varios artículos de los Convenios de La Haya en materia de cooperación judicial. Nos encontramos en primer lugar con el caso del Artículo 8 del Convenio de La Haya, de 15 de noviembre de 1965, relativo a la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales o extrajudiciales en materia civil y mercantil. Pues bien este artículo permite la notificación a través de las propias autoridades diplomáticas o consulares en el territorio de un Estado contratante. No parece que este mecanismo pueda ser, a mi parecer, considerado como una manifestación de cooperación judicial pasiva puesto que las actividades que se autorizan a las autoridades extranjeras han de carecer de medidas de compulsión, no suponiendo por lo tanto auténticos actos jurisdiccionales. La misma situación de ausencia de ejercicio de la potestad jurisdiccional se presenta en relación al Artículo 15 y siguientes del Convenio de La Haya, de 18 de marzo de 1970, sobre obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o comercial. Al respecto Szászy considera que “...when performance of the act requested is the function of the diplomatic or consular service of a state, the courts of the latter state cannot properly request performance of such act under the concept of rules of international legal assistance”. Szászy, *International Civil Procedure: A comparative Study*, *op.cit.* nota 21: 645.

³³ *Convenio de La Haya, de 13 de Enero de 2000, Sobre Protección Internacional de Los Adultos*, 2009.

autorización por parte del Estado requerido.³⁴ El fenómeno de la cooperación judicial pasiva ha sido incorporado por ejemplo, en el seno de la Unión Europea, en el Reglamento (CE) nº 1206/2001 relativo a la cooperación entre órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil.³⁵ En este se prevé la posibilidad de la obtención directa de pruebas por el órgano jurisdiccional requirente, estableciéndose una regulación específica para esta modalidad en el artículo 17. Más allá de las características estructurales básicas que se han definido hasta el momento no es posible hablar de un acuerdo en cuanto al concepto de cooperación judicial internacional. Una falta de acuerdo que se manifiesta tanto en las posturas de los autores más destacados,³⁶ como en las tendencias en materia de acuerdos internacionales, especialmente en el caso de tratados bilaterales.³⁷ Por este motivo, resulta imposible hablar de un concepto definitivo de cooperación judicial. Se trata, por lo tanto, de un concepto que varía ampliamente, tanto en el tiempo, como dependiendo de los contextos analizados.

I.2. La evolución del concepto de cooperación judicial en la literatura.

Muchos son los autores que a lo largo del tiempo se han ocupado del estudio del fenómeno de la cooperación judicial internacional, tanto en obras generales como en trabajos dedicados específicamente a la cuestión.³⁸ La aproximación a la materia no

³⁴ *Ibid.*, artículo 33.2.

³⁵ Consejo de la Unión Europea, *Reglamento (CE) nº 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001 relativo a la cooperación entre órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil*. DO L 174, de 27 de junio de 2001, pág. 1-24.

³⁶ Destaca especialmente en este sentido la posición adoptada por Schlosser, («Jurisdiction and international judicial and administrative cooperation.», *op.cit.* nota 9) que presenta un concepto de cooperación judicial completamente diverso del manifestado por otros autores especialmente relevantes en esta materia como Pocar (Pocar, *L'assistenza giudiziaria internazionale in materia civile*, *op.cit.* nota 23) o Capatina (Capatina, «L'entraide judiciaire internationale en matière civile et commerciale.», *op.cit.* nota 9) como se verá a continuación.

³⁷ Es el caso, por ejemplo, de las relaciones entre España e Israel para las cuales la materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones se encuentra regulada en un instrumento específico (*Instrumento de Ratificación del Convenio entre el Reino de España y el Estado de Israel para el mutuo reconocimiento y la ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, hecho en Jerusalem el 30 de mayo de 1989, BOE nº 3, de 3 de enero de 1991, pág. 71-72*), mientras que en el caso de las relaciones con Brasil esta se considera parte del concepto de cooperación judicial civil (*Convenio de Cooperación Jurídica en materia civil entre el Reino de España y el Gobierno de la República Federal de Brasil, firmado en Madrid el 13 de abril de 1989, BOE nº 164, de 10 de julio de 1991, pág. 22988-22992*). Lo mismo ocurre en cuanto a la denominación de este sector. Si en el Acuerdo con Brasil anteriormente citado se hace referencia a la cooperación jurídica, otros instrumentos como el Acuerdo con Marruecos hablan de cooperación judicial (*Convenio de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, op.cit.* nota 27).

³⁸ *Cfr.* Pocar, «*L'assistenza giudiziaria internazionale in materia civile*», *op.cit.* nota 23; *ibid.*, «Remarques Sur La Coopération Judiciaire En Matière Civile Dans La Communauté Européenne», in *Mélanges En L'honneur de Berbard Dutoit*, ed. R. Bieber (Ginebra: Droz, 2002); Szászy, «*International Civil Procedure: A*

constituye una prerrogativa exclusiva de la disciplina del Derecho Internacional Privado, ni siquiera del Derecho Internacional en general, sino que permite un análisis desde muchas otras ramas del Derecho y en especial, contiene elementos que permiten una visión procesal, civilista o incluso penalista. Sin embargo, es en el marco de los estudios de Derecho Internacional, privado o Derecho Internacional público y Derecho procesal, donde se han situado tradicionalmente este género de cuestiones en materia civil y penal respectivamente. Por lo que se refiere al posicionamiento interno de las cuestiones relativas a la cooperación judicial internacional en materia civil, en el marco de la disciplina de Derecho Internacional Privado, está dependerá de la configuración del mismo este que se tenga en consideración. Desde la perspectiva de la mayoría de autores españoles, la cooperación judicial ha sido vista tradicionalmente como constituyente de un elemento independiente, un grupo de cuestiones con una identidad propia. Así Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo consideran que los asuntos relativos a la cooperación judicial conformaría un cuarto bloque unido al “tríptico de cuestiones jurídicas: competencia judicial internacional, Derecho aplicable, y reconocimiento y ejecución de decisiones”.³⁹ Al margen de esta estructuración tradicional pueden encontrarse opiniones divergentes que sitúan las cuestiones relativas a la cooperación judicial internacional como parte de alguno de los tres elementos tradicionales que configuran el contenido del Derecho Internacional Privado, considerando que no suponen una sub disciplina *per se*. En esta línea se sitúa el trabajo de Rafael Arenas para quien “las manifestaciones más clásicas de la asistencia judicial internacional (auxilio en la notificación de actos judiciales y práctica de pruebas en el extranjero) no son más que supuestos de la eficacia extraterritorial de las decisiones judiciales extranjeras”.⁴⁰ Las cuestiones relativas a la cooperación judicial se incorporarían por lo tanto al bloque relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras. En esta misma línea de

Comparative Study», *op.cit.* nota 21; Capatina, «*L’entraide Judiciaire Internationale En Matière Civile et Commerciale*», *op.cit.* nota 9; A.L. Calvo Caravaca, «Régimen Del Proceso Civil Con Elemento Extranjero Y Asistencia Judicial Internaccional», *Revista General de Derecho* 507 (1986): 5095–5121; P. Schlosser, «Jurisdiction and international judicial and administrative cooperation», *op.cit.* nota 9; S. Álvarez González, «La cooperación judicial internacional en materia civil», *Dereito: Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela* 10, n.o 1 (2001): 7-32.

³⁹ J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho Internacional Privado*, 6a ed. (Madrid: Civitas, 2011): 29. En este texto se apunta la posibilidad de considerar que el propio sector del reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales y extrajudiciales pueda ser un sector dentro de un concepto más amplio de cooperación pero situado entonces la asistencia judicial stricto sensu y el reconocimiento de decisiones como dos elementos pertenecientes a una categoría genérica: la cooperación.

⁴⁰ R. Arenas García, «Fundamento, Condiciones Y Procedimiento de La Asistencia Judicial Internacional,» in *Cooperación Jurídica Internacional*, ed. S. Álvarez González y J.R. Remacha y Tejada, Colección Escuela Diplomática 5 (Madrid: Escuela Diplomática, AEPDIRI, BOE, 2001): 69.

incorporación de los asuntos relativos a la cooperación en una de las tres ramas clásicas del Derecho Internacional Privado se posiciona Esplugues Mota para quien, de manera más sorprendente, el denominado auxilio judicial internacional, vendría a incardinarse en el conflicto de jurisdicciones proponiendo, por lo tanto, una ampliación del contenido de este concepto tradicionalmente empleado por la doctrina para referirse al proceso jurídico de determinación de los tribunales que ostentan, en un litigio concreto, la competencia judicial.⁴¹

La situación es completamente distinta si tenemos en cuenta aquellas posiciones doctrinales que distinguen entre el Derecho Internacional Privado *stricto sensu*, el denominado Conflict of Laws, y el Derecho Procesal Internacional. Desde esta segunda perspectiva, el posicionamiento de las normas de asistencia entre autoridades judiciales de distintos Estados es mucho más sencillo. Estas se sitúan en el marco de la regulación procesal de los supuestos que presentan un elemento de extranjería, junto con la determinación de la competencia judicial y el reconocimiento y ejecución de resoluciones procedentes de un Estado extranjero, en el ámbito del Derecho Procesal Internacional. Cada una de estas tres cuestiones tendría por lo tanto una entidad propia y se agruparían como consecuencia de su naturaleza procesal, por contraposición a la determinación de las cuestiones de ley aplicable.⁴² En relación a la dimensión penal de la cooperación judicial, esta tiende a situarse, por una parte en el marco de los estudios relativos al principio de cooperación ente Estados,⁴³ o bien directamente en el contexto de la doctrina en materia de derecho penal internacional.⁴⁴ La dimensión estudiada en materia de Derecho Internacional Público se centra especialmente en la cooperación judicial en relación a los procesos ante los tribunales internacionales.⁴⁵

⁴¹ C. Esplugues Mota, C. Esplugues Mota, y J.L. Iglesias Buhigues, «El Derecho Internacional Privado: Características Generales,» in *Derecho Internacional Privado* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011).

⁴² Vid. J.P. Niboyet, *Principios de Derecho Internacional Privado* (Madrid: Instituto Editorial Reus, 1928).

⁴³ En este sentido, vid. *inter alia*, G. Garzón Clariana, «Sobre la noción de cooperación internacional», *REDI* XXIX (1976): 51-69.

⁴⁴ G.O.W. Mueller y E.M. Wise, *International Criminal Law* (Londres: Sweet & Maxwell, 1965); M. C. Bassiouni, ed., *International criminal law*, 3.a ed. (Leiden: M. Nijhoff Publishers, 2008). En este contexto, el fenómeno de la extradición ha ocupado la mayor parte de los esfuerzos en materia de estudios sobre cooperación judicial, siempre en el marco de la doctrina penalista en su dimensión internacional. Dos ejemplos pueden encontrarse en C. Blakesley y O. Lagodny, «Finding harmony amidst disagreement over extradition, jurisdiction, the role of human rights, and issues of extraterritoriality under international criminal law», *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 24, n.º 1 (1991): 1-75; C. Cezón González, *Derecho extradicional* (Mad: Dykinson, 2003). A pesar de ello, algunas obras abarcan de manera más amplia el fenómeno de la cooperación en materia penal.

⁴⁵ A. Cassese, «On the Current Trends towards Criminal Prosecution and Punishment of Breaches of International Humanitarian Law», *European Journal of International Law* 9, n.º 1 (1998): 1-27; M. R. Brubacher, «Prosecutorial Discretion within the International Criminal Court», *Journal of International Criminal Justice* 2, n.º 1 (2004): 71-95.

A pesar de tratarse, como hemos visto de un elemento consolidado dentro de la doctrina, la cooperación judicial ocupa al mismo tiempo un lugar poco privilegiado. En este sentido, el desarrollo de las cuestiones relativas a las labores de colaboración entre autoridades de distintos Estados ha sido mucho menos profundo que el de sectores como el reconocimiento de decisiones extranjeras o la determinación de la ley aplicable. Son muchos los trabajos que se han publicado en los últimos años en el ámbito de la cooperación judicial internacional, pero estos tienen generalmente una dimensión de derecho positivo, se centran en el análisis del marco de cooperación existente en los diversos niveles – internacional, europeo y nacional – y del camino a seguir en la definición de mecanismos de auxilio más eficaces.⁴⁶ Existe por el contrario una carencia de estudios que se planteen cuestiones relacionadas con la construcción teórica de la materia. A pesar de este menor desarrollo, es posible identificar una evolución del concepto a lo largo de los años en su tratamiento por parte de los expertos en los trabajos existentes. Una evolución que se manifiesta, con mayor incidencia, en relación a dos cuestiones fundamentales, cuestiones que resultan además criterios adecuados para proceder a una sistematización de las diferentes posiciones teóricas de este fenómeno. Se trata por un lado de la naturaleza jurídica de la cooperación judicial y por otro de su objeto, los dos elementos que han provocado mayores discusiones doctrinales. No existe un acuerdo claro en la doctrina respecto de estas dos cuestiones que resultan fundamentales para poder realizar un análisis adecuado del modelo de cooperación judicial que existe actualmente en la comunidad internacional. Ambas cuestiones se estudiarán detenidamente, en un momento posterior de este trabajo de investigación en relación al modelo europeo de cooperación judicial internacional.⁴⁷

⁴⁶ Es especialmente significativo el caso de la Orden Europea de Detención y Entrega, mecanismo de cooperación que ha sido objeto en los últimos años de un vasto número de trabajos. *Vid. inter alia*: S. Alegre y M. Leaf, “Mutual Recognition in European Judicial Cooperation: A Step Too Far Too Soon? Case Study—the European Arrest Warrant,” *European Law Journal* 10, no. 2 (Marzo 2004): 200–217; J. Apap y S. Carrera, “Judicial Cooperation in Criminal Matters. European Arrest Warrant, a Goof Testing Ground for Mutual Recognition in the Enlarged Europe?,” CEPS Policy Brief, no. 46 (2004); Massimo Fichera, “The European Arrest Warrant and the Sovereign State: A Marriage of Convenience?,” *European Law Journal* 15, no. 1 (Enero 2009): 70–97; F.J. Fonseca Morillo, “La Orden de Detención Y Entrega Europea,” *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 7, no. 14 (2003): 69–95; J. Komárek, “European Constitutionalism and the European Arrest Warrant: In Search of the Limits of Contrapunctual Principles,” *Common Market Law Review* 44, no. 1 (2007): 9–40.

⁴⁷ *Vid. infra*, apartados II.2 y II.3.

II. El desarrollo de un modelo de cooperación judicial en el marco de la Unión Europea.

II.1. Evolución histórico-legislativa.

El fenómeno de la cooperación judicial internacional en el marco de la Unión Europea tiene su origen en los años 70, y aparece fuertemente ligado al desarrollo de la idea del mercado interior y al proceso de desaparición de las fronteras interiores. Un estudio de la evolución histórica del tratamiento de la cooperación en el seno de la UE permite observar como esta responde a parámetros fuertemente divergentes respecto de aquellos que caracterizan la cooperación judicial en una dimensión internacional. La concepción de este sector del Derecho, cuando se refiere a las relaciones entre Estados miembros de la Unión Europea, presenta una serie de caracteres que la alejan de los planteamientos tradicionales expuestos hasta el momento. El propio desarrollo político y jurídico de la integración europea ha llevado al establecimiento de un “espacio común” en el que una cooperación entre los Estados participantes del mismo, basada únicamente en una óptica del juego entre la soberanía nacional y los intereses públicos, no tiene ya cabida. Un repaso de esta evolución permite observar la aparición de un modelo europeo de cooperación entre los Estados miembros en materia de justicia y como este modelo se aleja de la estructura tradicional de la materia. Un alejamiento que se produce no sólo en cuanto a los instrumentos y mecanismos de colaboración, sino también en el fundamento mismo del fenómeno y en la concepción de sus elementos estructurales. Se procederá a continuación a realizar una revisión de los momentos clave en el desarrollo de la regulación de la cooperación judicial en el seno de la Unión, analizando la repercusión de los distintos momentos históricos en la definición de este nuevo modelo. El objetivo es obtener una visión clara de la configuración de este sector y de su posicionamiento en el ‘edificio’ de la construcción europea para, a partir de esta imagen, proceder a analizar con detenimiento los elementos centrales de este modelo europeo de cooperación judicial.

Como se anunciaba al principio de este apartado, el nacimiento de la cooperación judicial como ámbito de actuación de los Estados involucrados en el proceso de integración europea se presenta íntimamente ligado al desarrollo de un mercado común y de manera más directa, a la puesta en práctica de la libertad de circulación de los ciudadanos de dichos Estados. El interés de los miembros de las originalmente

Comunidades Europeas en cuestiones que pueden considerarse parte de la cooperación judicial se remonta a los mismos orígenes del proceso de integración sin embargo, no existía por parte de los mismos un interés en incorporar estos asuntos a un proceso que, en aquel momento, se consideraba exclusivamente económico. Por este motivo las actividades desarrolladas en este ámbito quedaban al margen de los instrumentos propios del proceso de integración, no apareciendo recogidas en los Tratados constitutivos. Sin embargo el interés de los Estados en avanzar en este tipo de cuestiones permitió el uso del artículo 220 del Tratado CEE (posteriormente convertido en artículo 293) como base jurídica del “importante Convenio de Bruselas de 1968 sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias, que constituye el más destacado antecedente respecto a la proliferación de instrumentos actuales” en materia de cooperación judicial.⁴⁸

Habría que esperar, sin embargo, a la entrada en vigor del Tratado de Maastricht para que se produjese la formalización de la cooperación judicial y su incorporación al marco institucional de la UE. En esta modificación de los Tratados constitutivos se incluye ya un apartado dedicado a lo que se denominó en aquel momento “Asuntos de Justicia e Interior”, y que venía a constituir el tercero de los pilares del conocido sistema de tres pilares incorporado por este texto. Los artículos K a K-9 dibujaban desde el punto de vista institucional un sistema basado en una estructura intergubernamental, en el que la competencia correspondía a los Estados.⁴⁹ Por otra parte desde una perspectiva de objetivos perseguidos con este tipo de acciones en materia de cooperación judicial, el sistema introducido por Maastricht se caracterizaba por la dependencia de este marco de acción respecto del objetivo principal de establecimiento de un mercado interior en el que estuviese garantizada la libre circulación de mercancías, servicios, personas y capitales. La realización de acciones comunes es decir, la coordinación entre los Estados miembros en materia de justicia, no es un objetivo en sí mismo sino que se configura como un medio para alcanzar un objetivo ulterior, el correcto funcionamiento del mercado interior.⁵⁰ Resulta sin embargo importante tener en cuenta que, más allá de esta

⁴⁸ A. Borrás, “La Cooperación Judicial En Materia Civil,” en *El Tratado de Lisboa: La Salida de La Crisis Constitucional*, ed. J. Martín y Pérez de Nanclares (Madrid: Iustel, 2008), 437–99.

⁴⁹ Para un estudio detallado del sistema institucional fijado por el Tratado de Maastricht en materia de Asuntos de Justicia e Interior *crf.* S. Lavenex, “Justice and Home Affairs. Communitarization with Hesitation,” en *Policy Making in the European Union*, ed. H. Wallace, M.A. Pollack, y R.A. Young, 6ª ed. (Oxford: Oxford University Press, 2010), 457–80: 459-460.

⁵⁰ Para una profundización en la relación existente entre el desarrollo de la cooperación judicial y el mercado interior *vid.* R. Clerici, “Article 65,” en *Commentario Breve Ai Trattati Della Comunità E dell’Unione*

subordinación de la cooperación judicial en su dimensión europea al mercado interior, puede verse ya como surge, desde el Tratado de Maastricht la idea de la existencia de un ‘espacio común’, de un ‘espacio europeo’. El mercado interior constituye igualmente un territorio en el que la eliminación de las fronteras interiores permite a los ciudadanos ejercer su derecho a la libre circulación tal y como está previsto en los mismos Tratados. Sin embargo el pleno ejercicio de este derecho no es posible si esta libertad de movimientos no va acompañada de una serie de garantías complementarias entre las cuales se encuentran la seguridad jurídica y la posibilidad de disfrutar de una protección adecuada de los derechos de los ciudadanos en cualquiera de los Estados miembros. Puede afirmarse por lo tanto, que es la existencia de un espacio físico común, europeo, tras la desaparición de las fronteras interiores físicas, exige el desarrollo de un espacio jurídico igualmente común y europeo, sin fronteras jurídicas.

Esta idea de la existencia de un espacio común aparecerá ya con más fuerza en el Tratado de Ámsterdam que supuso una importantísima reforma del sector de justicia y asuntos de interior⁵¹ y que tuvo un impacto especialmente relevante en el campo de la cooperación judicial en materia civil y mercantil.⁵² El primer impacto que el nuevo Tratado tuvo en el ámbito de la cooperación judicial fue el de proceder a su comunitarización parcial. En este sentido se crea el nuevo Título IV del Tratado de la Comunidad Europea al que se trasladan algunas cuestiones que se encontraban hasta ese momento recogidas en el Título V del Tratado de la Unión Europea. Entra estas

Europea, ed. F. Pocar (Padova: CEDAM, 2001), 308–13; Antoine Mégie, “Généalogie Du Champ de La Coopération Judiciaire Européenne,” *Cultures & Conflits*, n.º 62 (2006): 11–41.

⁵¹ La reforma incluyó como es sabido el traslado al sistema institucional europeo el denominado “Acervo Schengen” que había mantenido hasta ese momento un papel de “laboratorio precursor de experiencias eventualmente transportables posteriormente a la Unión Europea”. H. Labayle, «Un espace de liberté, de sécurité et de justice.», *Revue trimestrielle de Droit Européen*. 33, n.º 4 (1997): 832.

⁵² *Cfr. inter alia*, S. Bariatti, «La cooperazione giudiziaria in materia civile dal terzo pilastro dell’Unione Europea al Titolo IV del Trattato CE», *Diritto dell’Unione Europea* 2-3 (2001): 261; M. Den Boer, «Justice and Home Affairs Cooperation in the Treaty on European Union: More Complexity Despite Communautarization», *Maastricht journal of European and comparative law* 4, n.º 3 (1997): 310-16; C. Kohler, «Le Droit international privé européen après le traité d’Amsterdam», en *Divenire sociale e adeguamento del Diritto. Studi in onore di Francesco Capotorti* (Milán: Giuffrè, 1999), 191-217; C. Kohler, «Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d’Amsterdam», *Revue critique de droit international privé* 88, n.º 1 (1999): 1-30; Labayle, «Un espace de liberté, de sécurité et de justice.», *op.cit.* nota 51; J. Basedow, «The Communitarization of the Conflict of Laws under the Treaty of Amsterdam», *Common Market Law Review* 37, n.º 3 (2000): 687-708; S. Leible y A. Staundinger, «El artículo 65 TCE: ¿carta blanca de la Comunidad Europea para la unificación del Derecho internacional privado y procesal?», *AEDPr* 1 (2001): 89-115. En la doctrina española *vid.* P. de Miguel Asensio, «La evolución del Derecho internacional privado comunitario en el Tratado de Ámsterdam», *Revista española de Derecho Internacional* 1 (1998): 373-76; J.L. Iglesias Buhigues, «La cooperación judicial en materia civil (CJC) antes y después del Tratado de Ámsterdam», *Revista General de Derecho* 644 (1998): 5847-62; A. Borrás, «Derecho internacional privado y Tratado de Ámsterdam», *Revista española de Derecho Internacional* 5, n.º 2 (1999): 383-426.

acciones que pasan a ser competencia de la Comunidad Europea se encuentra la cooperación judicial en materia civil, no así la cooperación policial y judicial en asuntos penales que se mantiene en el tercer pilar y por lo tanto en el marco de la intergubernamentalidad. En este nuevo Título IV bajo la denominación de “Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas” la cooperación judicial en materia civil quedaba regulada fundamentalmente en los artículos 61, 65 y 67 del Tratado CE. La aparición de la referencia a la libre circulación de personas y la confusa redacción del propio artículo 65,⁵³ relativo a las medidas concretas que la CE podía adoptar en la materia generaron en su día innumerables dudas entre la doctrina respecto de cuál era el alcance de la nueva competencia comunitaria, y de la caracterización de la misma como competencia horizontal o sectorial.⁵⁴ La práctica de las instituciones europeas en los años inmediatamente posteriores a la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam pondría de manifiesto que este incorporaba una novedad que tendría un impacto mayor y más profundo en la actuación europea en materia de justicia que el alcance literal del artículo 65. Se trata de la introducción del concepto de “Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia” (en adelante ELSJ) como objetivo de la Unión Europea.⁵⁵ Así se sustituía el punto cuarto del artículo B (posteriormente artículo 2) que enunciaba el objetivo de “desarrollar una cooperación estrecha en el ámbito de la justicia y los asuntos de interior” y se incorporaba como nuevo objetivo de la UE, el “mantenimiento y desarrollo de un espacio de libertad,

⁵³ El artículo 65 TCE establecía que “las medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza que se adopten de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67 y en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior, incluirán:

- a) mejorar y simplificar:
 - i. el sistema de notificación o traslado transfronterizo de documentos judiciales y extrajudiciales,
 - ii. la cooperación en la obtención de pruebas,
 - iii. el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en asuntos civiles y mercantiles, incluidos los extrajudiciales;
- b) fomentar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros sobre conflictos de leyes y de jurisdicción;
- c) eliminar obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles fomentando, si fuera necesario, la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros”.

⁵⁴ Una parte de la doctrina consideraba así que la redacción del artículo 65 y su encuadre en un título relativo a la libre circulación de personas suponían una limitación que impediría adoptar actos en materia de cooperación judicial civil y por lo tanto de Derecho Internacional Privado, con base en dicho artículo, para el alcance de cualquier otro objetivo de la integración europea. *Vid.* Kohler, “Le Droit International Privé Européen Après Le Traité d’Amsterdam”, *op.cit.* nota 52; de Miguel Asensio, “La Evolución Del Derecho Internacional Privado Comunitario En El Tratado de Ámsterdam”, *op.cit.* nota 52; Leible y Staundinger, *op.cit.* nota 52.

⁵⁵ Labayle, «Un espace de liberté, de sécurité et de justice.», *op.cit.* nota 51.

seguridad y justicia, en el que esté garantizada la libre circulación de personas”.⁵⁶ Se produce por lo tanto una reestructuración de la relación existente entre las medidas en materia de justicia y asuntos de interior y la libre circulación de personas. El desarrollo de un espacio de libertad, seguridad y justicia ya no está constituido por “medidas complementarias” y necesarias para que la libre circulación de personas sea efectiva; al contrario, como veíamos, el artículo 4 dispone que la Unión contará con un espacio jurídico común dentro del cual se garantizará la libre circulación de personas. La libre circulación se configura por lo tanto como parte del contenido de dicho espacio, y no como justificación de la existencia del mismo. Este cambio en la lógica de la relación entre los dos elementos no tendrá marcha atrás y será fundamental en el desarrollo del sector de la cooperación judicial en el marco de la Unión Europea a partir de este momento.

En efecto, la entrada en vigor del Tratado y de este nuevo objetivo de la UE de creación de un ELSJ, que se recogía igualmente en el ámbito de la CE,⁵⁷ permitiría un gran desarrollo de los trabajos relacionados con la cooperación judicial, tanto en materia civil como penal, y la adopción de numerosos actos legislativos en el sector. El punto de partida de este desarrollo sería el Consejo Europeo de Tampere, celebrado entre los días 15 y 16 de octubre de 1999. En las Conclusiones de este Consejo⁵⁸ se fijaron las prioridades clave en la materia partiendo de la idea de que “corresponde ahora al Tratado de Ámsterdam recoger el desafío de garantizar que esa libertad, en la que se incluye el derecho a circular libremente por toda la Unión, pueda disfrutarse en condiciones de seguridad y justicia accesibles a todos”.⁵⁹ El Consejo insiste además en la idea de que la libre circulación de personas no será real si los ciudadanos no cuentan, en cualquiera de los Estados miembros, con la misma protección por parte de la justicia que aquella que les correspondería en su Estado de origen.⁶⁰ El Tratado de Ámsterdam supuso, por lo tanto, la institucionalización de un espacio judicial europeo en el que los individuos son libres de desplazarse a través del territorio de la Unión Europea en un régimen normativo mucho menos gravoso que el sistema tradicional derivado de las fronteras entre Estados soberanos. Un espacio sin fronteras interiores en el que el

⁵⁶ Unión Europea, *Tratado de Amsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos* (Luxemburg: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1997): art. B.

⁵⁷ Unión Europea, *Versión Consolidada del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea*, DO C 325, de 24 de diciembre de 2002, pág. 33-184.

⁵⁸ Consejo Europeo, *Conclusiones Del Consejo de Tampere*, *op.cit.* nota 13.

⁵⁹ *Ibid.*, punto 2.

⁶⁰ *Ibid.*, punto 5.

ejercicio efectivo de ese derecho debe ir acompañado de medidas que aseguren un adecuado nivel de protección del ciudadano, también desde una perspectiva jurídica. La libre circulación de personas adquiere, por lo tanto, una nueva dimensión, una dimensión de las personas, y menos ligada con el proceso de integración económica. Sin embargo, la dimensión de integración económica no ha desaparecido por completo, sigue estando presente, así lo demuestra la persistencia de la subordinación de las medidas en materia de cooperación judicial civil a su carácter necesario para el buen funcionamiento del mercado interior.⁶¹ A pesar de mantener la vinculación con este es innegable, sin embargo, que el Tratado de Ámsterdam supuso la entrada de la dimensión del ciudadano en el modelo europeo de cooperación judicial; el Estado de Derecho, y por lo tanto el respeto de los Derechos de los individuos, constituye ya parte del marco teórico del desarrollo europeo en materia de justicia.⁶²

La desvinculación definitiva, en el texto de los Tratados, de las actuaciones de la UE en materia de justicia de su dimensión de actividad complementaria del mercado interior se produce con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.⁶³ Este aporta relevantes novedades no sólo en relación a las cuestiones de cooperación judicial sino a todo el ámbito del ELSJ, la primera de las cuales, y la más llamativa, es la eliminación del sistema de pilares y de la duplicidad entre la UE y la CE. En el caso del ámbito de la justicia y los asuntos de interior este cambio estructural e institucional supone la extensión del que había sido denominado hasta ese momento “método comunitario”⁶⁴ a las cuestiones relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal, mientras que el impacto directo es menor en relación a la cooperación judicial en materia civil.⁶⁵ Sin embargo, la entrada en vigor del Tratado tiene mayores efectos que la reforma institucional, efectos sobre la propia construcción política de este sector. En lo que interesa, en relación a la cooperación judicial, es especialmente relevante como se

⁶¹ Unión Europea, Versión Consolidada del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, *op.cit.* nota 57: artículo 65.

⁶² Labayle, «Un espace de liberté, de sécurité et de justice.», *op.cit.* nota 51: 822.

⁶³ Borrás, «La cooperación judicial en materia civil.», *op.cit.* nota 48 .

⁶⁴ Para un análisis pormenorizado de los cambios introducidos por el Tratado de Lisboa en relación al marco institucional y a los mecanismos de adopción de actos en el espacio de libertad, seguridad y justicia *cfr.* J.C. Fernández Rozas, “El Espacio de Libertad, Seguridad Y Justicia Consolidado Por La Constitución Europea,” *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia Y Bibliografía* 6097 (2004): 1–24; S. Carrera and F. Geyer, “The Reform Treaty and Justice and Home Affairs. Implications for the Common Area of Freedom, Security and Justice,” CEPS Policy Brief, 141 (2007); F. Aldecoa y M. Guinea, *La Europa Que Viene: El Tratado de Lisboa*, 2a ed. (Madrid: Marcial Pons, 2010).

⁶⁵ La reformas institucionales introducidas no dan sin embargo solución a todos los problemas que se habían planteado en el sector *vid.* al respecto B. Vilá Costa, “El Tratado de Lisboa y El ELSJ: Reflexiones Sobre El Método Y El Programa,” en *¿Hacia Una Europa de Las Personas En El Espacio de Libertad, Seguridad Y Justicia?*, ed. M. Pi Llorens y E. Zapater Duque (Madrid: Marcial Pons, 2010).

afirmaba anteriormente, la desvinculación del mercado interior. Esta puede observarse de manera directa en el Tratado UE puesto que el nuevo artículo 3 párrafo segundo sitúa el desarrollo de un espacio de libertad, seguridad y justicia como objetivo fundamental de la Unión, completamente independiente del establecimiento de un mercado común, que viene relegado al tercer párrafo de dicho artículo. Es decir que a partir de este momento “no hay por tanto una subordinación del ‘Mercado’ al ‘Espacio’”.⁶⁶ No se trata de un mero cambio sistemático sino que de este modo la Unión Europea decide que el establecimiento de un espacio común en el que los ciudadanos puedan disfrutar de una protección suficiente de sus Derechos es un objetivo fundamental en sí mismo, que ha de desarrollarse, entre otros mecanismos, a través de la cooperación judicial.⁶⁷ Esta idea sería desarrollada posteriormente en el Programa de Estocolmo⁶⁸ que “toma como epicentro formal al ciudadano europeo”⁶⁹ para reforzar los objetivos políticos de la Unión en la materia.

En conclusión, es posible observar una tendencia histórica que posiciona a los individuos en el centro de la política común en asuntos de justicia. A pesar de las reticencias de algunos Estados miembros a avanzar demasiado en un ámbito tan delicado como este que han dado lugar a la aparición de regímenes especiales, procesos de *opt-out* y *opt-in*, en líneas generales es posible hablar de la aparición progresiva de un interés político, por parte de la Unión, en avanzar en el desarrollo de un verdadero espacio judicial europeo. La protección de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos y su garantía en todo el territorio de la Unión es por lo tanto un objetivo fundamental de las instituciones europeas y los Estados miembros.

II.2. El fundamento de la cooperación judicial en el modelo europeo.

II.2.1. El fundamento de la cooperación judicial desde una perspectiva de Derecho Internacional.

Una vez visto el proceso histórico que ha dado lugar al desarrollo de un modelo propio de asistencia judicial internacional en el seno de la Unión Europea es necesario realizar un análisis que nos permita identificar el fundamento de este sector, en el marco

⁶⁶ M. Guzmán Zapater, «Cooperación judicial y Tratado de Lisboa: entre consolidación e innovación», *Revista General de Derecho* 21 (2010): 18.

⁶⁷ Borrás, «La cooperación judicial en materia civil.», *op.cit.* nota 58: 441.

⁶⁸ Consejo Europeo, *Programa de Estocolmo. Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano*, DO C 115, de 4 de mayo de 2010, pág. 1-38.

⁶⁹ Vilá Costa, «El Tratado de Lisboa y el ELSJ: reflexiones sobre el método y el programa.», *op.cit.* nota 65:16

de las relaciones entre los Estados miembros. No se trata ya de identificar, como se ha hecho en el apartado anterior, las motivaciones, justificaciones o fundamentaciones políticas de las actuaciones de la Unión Europea en la materia. Tampoco se intenta en este momento analizar la base jurídica, en los Tratados constitutivos, de cada uno de los actos adoptados hasta el momento en materia de cooperación judicial. Se trata, por el contrario, de identificar el fundamento teórico de la cooperación como fenómeno, de responder, en definitiva, a la pregunta de por qué existe un mecanismo de cooperación entre autoridades de distintos Estados miembros en el ejercicio de las actividades relativas a la administración de justicia. Nos preguntamos por lo tanto por qué cooperan los Estados en la administración de justicia en su dimensión transfronteriza.

La primera pregunta que surge al plantearse este problema es la determinación de si este fundamento es el mismo en el modelo internacional que en el modelo interno, en el seno de la Unión Europea. Es decir, plantearse si el motivo por el cual cooperan los Estados entre sí en el ámbito judicial es el mismo si tenemos en cuenta la relación entre un Estado miembro y un tercer Estado, que cuando se trata de dos Estados miembros, ¿es el mismo entre España y Alemania que entre España y Estados Unidos? Tradicionalmente el fundamento de la cooperación judicial internacional se ha buscado en el punto de encuentro entre la soberanía jurisdiccional de los Estados y el interés de los mismos en la buena administración de justicia en su territorio. La perspectiva desde la que la literatura ha abordado las cuestiones relativas a la asistencia entre órganos judiciales ha sido la de las consideraciones de Derecho Internacional Público.⁷⁰ Es decir, remarcando el límite que la soberanía de un Estado supone al ejercicio de la actividad jurisdiccional. Un límite que es activo, puesto que el ejercicio y la eficacia de las acciones judiciales de sus autoridades se encuentran limitados a su territorio, pero también pasivo, puesto que excluye la posibilidad de ejercicio de dichos actos por parte de autoridades extranjeras dentro de su territorio. En este contexto se asume que los Estados tienen, sin embargo, un interés en proteger su buena administración de justicia,⁷¹ un interés que les lleva a interactuar con autoridades de otros Estados en aquellos supuestos de los que conocen sus tribunales que presentan algún elemento de extranjería que obligue a la realización de actuaciones en territorio extranjero. La cooperación judicial supone, desde esta perspectiva, una manifestación de los intereses

⁷⁰ Garzón Clariana, «Sobre la noción de cooperación internacional.», *op.cit.* nota 43.

⁷¹ Pocar, L'assistenza giudiziaria internazionale in materia civile, *op.cit.* nota 23: 43; Capatina, «L'entraide judiciaire internationale en matière civile et commerciale», *op.cit.* nota 9; Schlosser, «Jurisdiction and International Judicial and Administrative Cooperation», *op.cit.* nota 9.

del Estado y no de las partes del litigio de que se trate.⁷² Como consecuencia de esta caracterización de la asistencia judicial, la doctrina ha afirmado desde un principio que el fundamento jurídico de la misma ha de encontrarse en la cortesía internacional negando, por lo tanto, la existencia de cualquier tipo de obligación general que imponga a los Estados el deber de cooperar,⁷³ más allá de aquellas obligaciones específicas que se encuentren recogidas en los correspondientes acuerdos internacionales. La principal consecuencia de la fundamentación de las actividades de cooperación en la cortesía internacional fue la aparición inexorable del elemento de reciprocidad como requisito para responder a solicitudes de asistencia presentadas por autoridades extranjeras. Es decir, que cada Estado prestaba su cooperación o no en la misma medida en que lo hiciesen las autoridades extranjeras respecto del mismo. El papel jugado por el elemento de reciprocidad en el marco de las relaciones de cooperación entre Estados soberanos ha sido fundamental, tanto así que aparece en un gran número de acuerdos internacionales en la materia como requisito fundamental, especialmente en lo que se refiere a la cooperación judicial penal.⁷⁴

En la actualidad, sin embargo, es posible observar una tendencia generalizada por parte de los Estados a mostrarse favorables a la cooperación. Puede decirse que existe una práctica internacional generalizada, de modo que numerosos Estados han incorporado a sus derechos internos disposiciones que regulan, tanto las cuestiones relativas a la solicitud de asistencia por parte de sus propias autoridades, como al cauce procesal que ha de darse a las solicitudes procedentes del extranjero. Esta realidad ha llevado a muchos autores a plantearse la posibilidad de afirmar la existencia de una obligación jurídica que exija a los Estados dicho comportamiento. Una exigencia que se manifestaría tanto en el papel de un Estado como requirente como en su dimensión de requerido. En el papel de Estado solicitante la obligación de cooperar supondría la exigencia de que el ordenamiento jurídico de cada Estado previese mecanismos para ofrecer a las personas, físicas y jurídicas, que actúen ante sus tribunales, la posibilidad de solicitar actuaciones que impliquen la puesta en marcha de instrumentos de cooperación judicial. En la dimensión opuesta, la obligación de cooperar impondría al

⁷² Szászy, *International Civil Procedure: A Comparative Study*, *op.cit.* nota 21: 651, expresa la idea de forma clara al afirmar que “performance of legal assistance is a right of the requesting state against the requested state. A party has no claims in respect of it against the requested state”.

⁷³ F. Rigaux, *Droit International Privé Tomo I* (Bruselas: Larcier, 1977); Pocar, *L’assistenza giudiziaria internazionale in materia civile*, *op.cit.* nota 23: 41 y ss; Szászy, *International Civil Procedure: A comparative Study*, *op.cit.* nota 21: 649; Capatina, “L’entraide Judiciaire Internationale En Matière Civile et Commerciale”. *op.cit.* nota 9: 327.

⁷⁴ *Vid. inter alia*, *Convenio Europeo de Extradición*, *op.cit.* nota 11.

Estado requerido, que reciba la solicitud, la obligación de dar a la misma una respuesta adecuada, no necesariamente una respuesta positiva, pero si una respuesta suficiente.

La búsqueda de una norma que imponga a los Estados esta obligación de cooperar en materia de administración de justicia puede realizarse en dos niveles, bien en el ordenamiento jurídico internacional o bien en el ordenamiento jurídico interno del propio Estado, como se verá en el apartado inmediatamente posterior de este trabajo.⁷⁵ Cabe plantearse por lo tanto, en primer lugar – y así lo ha hecho la doctrina constantemente⁷⁶ –, si existe una obligación internacional de cooperar, si se puede afirmar que se ha desarrollado una norma consuetudinaria de derecho internacional general que impone a los Estados la cooperación en materia de asistencia judicial. Se trata fundamentalmente de determinar si la repetición de actos de cooperación judicial por parte de los Estados ha dado lugar a una norma jurídica internacional de *ius cogens* que establezca, por lo tanto, el carácter jurídicamente vinculante de la obligación de prestar ayuda a autoridades extranjeras. Los trabajos clásicos respondían a la cuestión negando, en cualquier caso, la existencia de dicha obligación.⁷⁷ Estos autores partían de la configuración de las normas internacionales consuetudinarias de carácter general como formadas por dos elementos, un elemento objetivo, consistente en la repetición de una conducta por parte de los Estados; y un elemento subjetivo, el convencimiento de que dicha conducta supone el cumplimiento de una obligación jurídica.⁷⁸ Así no se pone en duda que la cooperación judicial internacional cumpla con el elemento objetivo, es manifiesto que existe una conducta suficientemente repetida por parte de los Estados consistente en colaborar mutuamente y asistir a otros Estados en el ejercicio de las labores de administración de justicia. Sin embargo, aquellos autores que niegan la existencia de una norma consuetudinaria consideran que no es posible afirmar la existencia del elemento subjetivo. En este sentido, afirman que la existencia de Tratados internacionales en la materia o de disposiciones relativas a la asistencia judicial en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados no son elementos suficientes para determinar definitivamente el convencimiento, por parte de estos, de que existe una

⁷⁵ Vid. *infra*, apartados II.2.2 y II.2.3.

⁷⁶ La cuestión ha sido discutida en los principales trabajos sobre la materia *cfr.* Pocar, L'assistenza giudiziaria internazionale in materia civile, *op.cit.* nota 23: 41 y *ss*; Szászy, International Civil Procedure: A comparative Study, *op.cit.* nota 21: 649; Capatina, "L'entraide Judiciaire Internationale En Matière Civile et Commerciale", *op.cit.* nota 9: 327; Frigo y Fumagalli, L'assistenza Giudiziaria Internazionale in Materia Civile, *op.cit.* nota 6: 7.

⁷⁷ Pocar, L'assistenza giudiziaria internazionale in materia civile; Szászy, International Civil Procedure: A comparative Study, *op.cit.* nota 21.

⁷⁸ Vid. *inter alia* G. Morelli, *Nozioni di Diritto Internazionale* (Padova: CEDAM, 1967).

obligación vinculante.⁷⁹ Así, los Estados al prestar ayuda judicial estarían simplemente respondiendo a normas político-morales de cortesía internacional y en ningún caso aceptando la existencia de una norma consuetudinaria. En ausencia de acuerdos internacionales particulares, por lo tanto, no sería posible exigir a un Estado que diese respuesta a una solicitud de asistencia judicial internacional, pudiendo el requerido rechazarla en base a su soberanía e independencia.

La situación actual en la doctrina se encuentra más dividida que en el caso de los textos clásicos. La respuesta mayoritaria y ortodoxa continúa siendo la negación de la existencia de una norma de *ius cogens* en materia de cooperación internacional a nivel judicial, las manifestaciones de la misma constituirían por lo tanto simples y puras manifestaciones de cortesía internacional. Sin embargo, en los últimos años hemos asistido a la aparición de insistentes opiniones por parte de algunos autores⁸⁰ que consideran que sí es posible hablar de una obligación jurídica internacional y vinculante de prestar asistencia judicial. Esta afirmación implicaría además el reconocimiento de la existencia de un correlativo derecho a la asistencia judicial internacional. Con carácter general, sin embargo, puede afirmarse que, salvo algunas excepciones, la posición es clara en afirmar que no existe en Derecho Internacional una obligación de prestar asistencia judicial entre Estados. Más allá de la existencia de acuerdos internacionales concretos, las cuestiones relativas a la cooperación dependerán de la cortesía internacional y de la interpretación de esta que se realice en el ordenamiento jurídico de cada Estado soberano.

II.2.2. El fundamento de la cooperación judicial desde la perspectiva del derecho interno de los Estados.

Una vez determinado que, al margen de la existencia de acuerdos internacionales, bilaterales o multilaterales, no existe una obligación jurídica de carácter general en el

⁷⁹ Un examen más exhaustivo de las consideraciones de los Estados en la materia, así como la argumentación de la inexistencia de este elemento subjetivo necesario para la formación de normas consuetudinarias de Derecho Internacional general, se encuentra en *Ibid.*: 41 y ss.

⁸⁰ *Cfr.* Schlosser, «Jurisdiction and international judicial and administrative cooperation.», *op. cit* nota 9.. En la doctrina española destaca especialmente la postura de F.J. Garcimartín Alférez, “Sobre El Fundamento de La Cooperación Jurídica Internacional,” en *Cooperación Jurídica Internacional*, ed. S. Álvarez González y J.R. Remacha y Tejada, Colección Escuela Diplomática 5 (Madrid: Escuela Diplomática, AEPDIRI, BOE, 2001), 61–68. Calvo Caravaca adopta una postura negativa respecto de la existencia de una obligación de *ius cogens* pero afirma que, por el contrario, el elemento de reciprocidad ha de darse por superado, no abogando por su desaparición teórica como requisito, sino afirmando que en el clima actual de cooperación generalizada por parte de los Estados la reciprocidad ha de darse por supuesta, sin que sea necesario proceder a su prueba. Calvo Caravaca, “Régimen Del Proceso Civil Con Elemento Extranjero Y Asistencia Judicial Internacional,” *op. cit.* nota 38: 5111.

ordenamiento internacional que exija a los Estados el desarrollo de actividades de cooperación judicial se produce, por lo tanto, una suerte de reenvío a los ordenamientos jurídicos internos de cada Estado para determinar la existencia o inexistencia de un deber jurídico de cooperar. Si esta obligación no es predicable en el ámbito del Derecho Internacional Público, la regulación de las experiencias de asistencia judicial internacional ha de referirse al Derecho Interno de cada Estado, que será el encargado, en su caso, de imponer o no a las autoridades del mismo la obligación de cooperación. Dentro de este proceso de análisis de los planteamientos de la cuestión en el interior de cada ordenamiento destaca como especialmente interesante el caso de los Estados Unidos y ello porque, en este caso, la cortesía internacional definida con anterioridad, lo que en el sistema estadounidense se denomina *international comity*,⁸¹ se ha convertido en el fundamento de la cooperación judicial y de la existencia de una obligación respecto de la misma a nivel interno.⁸² Cabe plantearse si esto significa que los Estados Unidos han incorporado en su ordenamiento jurídico interno un reconocimiento del carácter vinculante de la cortesía a nivel internacional. Una revisión de la literatura en la materia y de la jurisprudencia norteamericana apuntan a una respuesta negativa. La doctrina del *international comity* opera como una doctrina interpretativa del derecho interno norteamericano y no como una norma externa, internacional, que imponga el desarrollo de la asistencia.⁸³ El criterio del *international comity* determinará, por lo tanto, las condiciones en que dicha asistencia se ejercerá en cada caso concreto, tanto cuando se trata de una solicitud presentada por las partes en el litigio ante un tribunal americano como cuando la solicitud procede del extranjero. Se trata de un criterio interpretativo interno, perteneciente al ordenamiento jurídico interno, y que se aplica sobre las normas previstas en el ordenamiento interno. Su definición como cortesía

⁸¹ A. Briggs, «The principle of comity in Private International Law», en *Recueil des Cours*, vol. 54, 2011, 65-182; J.R. Paul, «The transformation of International Comity», *Law and Contemporary problems* 79 (2008): 19-38.

⁸² El papel del *international comity* como fundamento de la cooperación judicial fue afirmado por el Tribunal Supremo en la sentencia *Hilton v. Guyot*, 159 U.S., 113-180, de acuerdo con la cuál “The extent to which one nation shall be allowed to operate within the dominion of another nation, depends upon the comity of nations. Comity is neither a matter of absolute obligation, nor of mere courtesy and good will. It is a recognition which one nation allows within its territory to the legislative, executive or judicial acts of another nation, having due regard both to international duty and convenience, and to the rights of its own citizens or other persons who are under the protection of its laws. The comity thus extended to other nations is no impeachment of sovereignty. It is the voluntary act of the nation by which it is offered... But it contributes so largely to promote justice between individuals, and to produce a friendly intercourse between the sovereignty to which they belong, that courts of justice have continually acted upon it, as a part of the voluntary law of nations”.

⁸³ Paul afirma que: “Foreign courts in both common-law jurisdictions and civil-law jurisdictions have not recognized comity as private international law”. Paul, «The transformation of International Comity.», *op.cit.* nota 81: 37.

internacional no hace referencia, por lo tanto, a su origen normativo sino al hecho de que en la interpretación de cuestiones que se presentan ante autoridades norteamericanas se tendrán en cuenta elementos que presentan una conexión, un vínculo con un ordenamiento extranjero. Por lo tanto, la única obligación que el *international comity* impone a los jueces norteamericanos es la de tener en cuenta dichos intereses externos; de tener en cuenta, en su decisión, el vínculo que el supuesto de hecho presenta con un ordenamiento extranjero. La valoración de este elemento puede dar lugar, bien a una respuesta favorable en términos de asistencia judicial, bien, por considerar que el vínculo, y por tanto la cortesía debida, no son suficientes, al rechazo de la misma. La doctrina de la cortesía internacional entendida en este modo permite la cooperación al margen de acuerdos y tratados internacionales, siempre y cuando responda a los intereses de “buena administración de justicia” en la valoración hecha por el juez concreto. Responde así esta filosofía a las consideraciones de Capatina para quien “los Estados autorizan, aunque tácitamente, a sus autoridades a dar seguimiento a las peticiones, incluso en ausencia de un convenio de cooperación judicial internacional. Esta práctica se basa en el interés fácilmente explicable de todo gobierno en asegurar en su propio territorio una buena administración de justicia”.⁸⁴

El siguiente punto que ha de analizarse es qué ocurre en el caso de un ordenamiento jurídico de derecho civil, como puede ser el español. Las cuestiones relativas a la asistencia judicial internacional, en el derecho interno español se han tratado, tradicionalmente, en los artículos 276, 277 y 278 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.⁸⁵ El primero de estos artículos hace referencia a los supuestos en los que España actúa como Estado requirente, solicitando de Estados extranjeros actuaciones de asistencia judicial. Los artículos 277 y 278, por el contrario, regulan la respuesta de los órganos jurisdiccionales españoles ante la llegada de solicitudes relativas a procedimientos que se desarrollan ante autoridades extranjeras. La nueva Ley de cooperación jurídica internacional⁸⁶ ha exigido la modificación⁸⁷ de estos artículos para adoptar el principio *favor cooperationis*, como regla general en materia de cooperación en el sistema español. De la lectura de los mismos, en su redacción tradicional y en la nueva visión, se deriva que el legislador español ha evolucionado, desde la idea según la cuál la cooperación judicial internacional responde a una lógica de cortesía entre

⁸⁴ Capatina, «L’entraide judiciaire internationale en matière civile et commerciale.», *op.cit.* nota 9: 326.

⁸⁵ Ley Orgánica 6/1985, *op.cit.* nota 6.

⁸⁶ Ley 29/2015, *op.cit.* nota 8.

⁸⁷ Ley Orgánica 7/2015, *op.cit.* nota 7.

Estados soberanos – y es por ello que, en defecto de un acuerdo internacional bilateral o multilateral concreto, la prestación de asistencia y el cumplimiento de la solicitud de cooperación dependerá de la comprobación del requisito de la reciprocidad⁸⁸ – hacia la imposición en su derecho interno de una obligación de cooperar, que no tiene porque implicar, sin embargo, el reconocimiento de una norma general consuetudinaria a nivel internacional.

II.2.3. El fundamento de la cooperación judicial desde la perspectiva de la Unión Europea.

II.2.3.1. El fundamento general o político.

Una vez analizado el fundamento de la cooperación judicial como fenómeno en el Derecho Internacional, vinculado con la cortesía internacional, y sin que pueda hablarse de una obligación más allá de los acuerdos internacionales; y en los ordenamientos internos, donde no puede identificarse una regla general; es el momento de abordar la cuestión en el marco del modelo europeo de cooperación en el que se centra esta tesis. El primer problema que se plantea es determinar si es posible aplicar al contexto de la Unión Europea las conclusiones alcanzadas en relación a la situación en Derecho Internacional y en los derechos internos. Es decir, se trata de analizar si el fundamento de la asistencia judicial entre los distintos Estados miembros, ha de buscarse igualmente en esos dos niveles normativos o bien ha de identificarse dentro del ordenamiento jurídico de la propia Unión Europea. Para responder a dicha pregunta es necesario tomar como punto de partida la posición de la cooperación judicial en el marco de dicho ordenamiento. La libre circulación de personas y el objetivo de alcanzar un mercado interior eficaz habían sido identificados tradicionalmente como fundamento de la cooperación judicial en el ámbito de la Unión⁸⁹ puesto que el tenor literal de los

⁸⁸ Una vez se haya probado que se cumple el requisito de reciprocidad existe ya una obligación para la autoridad judicial competente de dar respuesta a las solicitudes de cooperación. El legislador español ha establecido en el artículo 278 de la LOPJ un *numerus clausus* de motivos de denegación para estos supuestos. Se trata de los supuestos en que el litigio del que deriva la petición sea de competencia exclusiva de los tribunales españoles, cuando se solicite a la autoridad actuaciones para las cuáles no tenga competencia, cuando no se cumplan los requisitos de autenticidad e idioma fijados por el ordenamiento jurídico español y por último en aquellos casos en que exista contrariedad manifiesta con el orden público español.

⁸⁹ Kohler, “Le Droit International Privé Européen Après Le Traité d’Amsterdam”, *op.cit.* nota 52; Frigo y Fumagalli, L’assistenza Giudiziaria Internazionale in Materia Civile, *op.cit.* nota 26; y F. Pocar, “The EU as an Actor in Private International Law,” en *Private Law, Private International Law And Judicial Cooperation in the EU-US Relationship*, ed. R.A. Brand y M. Walter, vol. II (Thomson/West, 2005), 143–235. En la doctrina española *vid.* Iglesias Buhigues, “La Cooperación Judicial En Materia Civil (CJC) Antes Y Después Del Tratado de Amsterdam”, *op.cit.* nota 52; J.D. González Campos, “Diversification, Spécialisation, Flexibilisation et Matérialisation Des Règles de Droit International Privé.,” en *Recueil Des Cours*, vol. 287,

artículos respectivos en los Tratados en su redacción anterior a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa así lo sugería.⁹⁰ La cooperación entre autoridades judiciales de distintos Estados miembros se fundamentaba, por lo tanto, en la exigencia de alcanzar plenamente el objetivo del mercado interior, y en particular de la libre circulación de personas. Las actuaciones europeas en el sector se concebían como actividades complementarias que tenían como objetivo permitir a los ciudadanos de los Estados miembros ejercer su derecho a la libre circulación sin ver disminuidos, por ello, el resto de sus derechos. Esta subordinación se reflejaba igualmente en las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere⁹¹ que aludían al Tratado de Ámsterdam al que correspondía el “desafío de garantizar que esa libertad, en la que se incluye el derecho a circular libremente por toda la Unión, pueda disfrutarse en condiciones de seguridad y justicia accesibles a todos”.⁹² De nuevo observamos como la libre circulación es el contenido del objetivo de la Unión Europea mientras que la cooperación judicial adquiere un papel complementario. Cabe plantearse si en la actualidad la garantía de la libre circulación de personas puede identificarse todavía como fundamento de la cooperación judicial entre autoridades europeas.

Tal y como se ha visto anteriormente⁹³ la cooperación entre autoridades judiciales constituye en la actualidad uno de los elementos centrales de la construcción de un espacio judicial europeo. La primera referencia a este fenómeno se encuentra en el Título V del TFUE relativo al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, en el que ocupa los capítulos tercero,⁹⁴ dedicado a la cooperación en materia civil, y cuarto⁹⁵ en relación a la cooperación en materia penal. La asistencia entre autoridades judiciales constituye por lo tanto uno de los elementos centrales dentro de dicho espacio. Este a su vez aparece definido en el artículo 3 del TFUE como uno de los objetivos primordiales de la Unión que habrá de ofrecer a sus ciudadanos “un espacio de libertad, seguridad y

2000, 9–426; Borrás, “La Cooperación Judicial En Materia Civil”, *op.cit.* nota 48; *Ibid.*, “Aspectos Generales de La Cooperación Judicial En Materia Civil,” en *La Cooperación En Materia Civil En La UE: Textos Y Comentarios* (Cizur Menor (Navarra): Thompson Aranzadi, 2009).

⁹⁰ En este sentido el Tribunal de Justicia interpretó el artículo 220 del TCEE, de manera general, vinculando a la libre circulación de personas en la Sentencia del de 11 de julio de 1985, C-137/84, Asunto Mutsch, ECLI:EU:C:1985:335. En relación ya específicamente a la cooperación judicial el Tribunal insistiría en la idea del mercado interior como fundamento de la misma en 11; en ella se afirma que “el Convenio de Bruselas de 1968 tiene por objeto facilitar el funcionamiento del mercado común”

⁹¹ Consejo Europeo, Conclusiones del Consejo de Tampere, *op.cit.* nota 13.

⁹² *Ibid.*, punto 2.

⁹³ *Vid. supra.* apartado II.1.

⁹⁴ Unión Europea, *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*, DO C 326, de 25 de octubre de 2012, pág. 47-200.

⁹⁵ *Ibid.*: art. 82-86.

justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas...”.⁹⁶ La existencia de un espacio de justicia en la Unión Europea es por lo tanto uno de los objetivos políticos o ideológicos de la propia Unión,⁹⁷ de modo que la cooperación judicial, como manifestación de este espacio de justicia, se encuentra recogida en los propios tratados constitutivos.

Es en el contexto de este objetivo de la Unión, la creación del ELSJ, que los Estados miembros han procedido a realizar la pertinente cesión de soberanía dando a la Unión Europea una competencia en materia de cooperación judicial. En este sentido, es importante recordar ahora que la entrada en vigor del Tratado de Lisboa ha supuesto un importante avance y un esfuerzo de clarificación y sistematización de las competencias de la Unión distinguiendo en el Título I entre tres categorías: las competencias exclusivas, las competencias compartidas y las competencias de apoyo.⁹⁸ En este contexto las posibilidades de actuación en materia de cooperación judicial se enmarcan en la competencia compartida que corresponde a la Unión Europea en materia de “j) el espacio de libertad, seguridad y justicia”.⁹⁹ La calificación de la competencia como compartida otorga, por lo tanto, a los Estados miembros la posibilidad residual de legislar en materia de cooperación judicial “en la medida en que la Unión haya decidido no ejercer la suya” o “haya decidido dejar de ejercer la suya”. El ejercicio de esta competencia otorgada a la Unión Europea ha sido constante desde su aparición y ha dado lugar a un gran desarrollo normativo de derecho derivado limitando, en gran medida, las posibilidades de actuación de los Estados miembros en cuanto a su Derecho interno. En los últimos años hemos asistido a un desarrollo exponencial de la legislación europea en la materia, una labor de desarrollo normativo que ha cubierto desde los aspectos más tradicionales de la asistencia judicial, como la notificación y entrega de documentos procesales¹⁰⁰ o la práctica de prueba en el extranjero,¹⁰¹ hasta cuestiones

⁹⁶ *Tratado de la Unión Europea, op.cit.* nota 15.

⁹⁷ Así lo ha confirmado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 11 de febrero de 2003, asuntos acumulados C-187/01 y C-385/01, Asunto Gözütok, 2003 I-01345.

⁹⁸ Para una revisión crítica de la división competencial incorporada por el Tratado de Lisboa vid. L.S. Rossi, “Does the Lisbon Treaty Provide a Clear Separation of Competences between EU and Member States?,” en *EU Law after Lisbon*, ed. A. Bodi, P. Eeckhout, y S. Ripley (Oxford: Oxford University Press, 2012), 85–106.

⁹⁹ *Tratado de La Unión Europea, op.cit.* nota 15: art. 4.2, letra j.

¹⁰⁰ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Reglamento (CE) n° 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (notificación y traslado de documentos) y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1348/2000 del Consejo*, DO L 324, de 10 de diciembre de 2007, pág. 79-120.

¹⁰¹ Consejo de la Unión Europea, *Reglamento (CE) n° 1206/2001, op.cit.* nota 35.

relativas al acceso a la justicia¹⁰² o la creación de verdaderos procedimientos judiciales europeos¹⁰³ que suponen un principio de armonización de las legislaciones procesales de los Estados miembros.

En cualquier caso, resulta difícil atendiendo a los argumentos anteriores justificar que el fundamento de un fenómeno previsto en los Tratados constitutivos e identificado como parte de los objetivos del propio proceso de integración europea, cuyo marco normativo está constituido fundamentalmente por normas europeas de derecho derivado, haya de buscarse fuera del ordenamiento europeo y deba remitirse a los ordenamientos internos de cada uno de los Estados. La cooperación judicial constituye por lo tanto un fenómeno global, presente en el Derecho Internacional, pero que en las relaciones entre Estados miembros de la Unión Europea adquiere un nuevo fundamento, un fundamento europeo. Los argumentos y conclusiones predicados de la asistencia judicial cuando esta se enmarca en el contexto de las relaciones entre Estados soberanos dentro de la Comunidad Internacional no son aplicables al tratar de determinar el fundamento de la misma cuando nos enfrentamos a situaciones de asistencia entre Estados miembros de la Unión Europea. Será necesario por lo tanto proceder a analizar, en el marco del ordenamiento jurídico de esta última donde se encuentra dicho fundamento.

II.2.3.2. *El fundamento específico o jurídico.*

En relación a la cuestión del fundamento específico de la cooperación judicial en el ordenamiento de la Unión Europea cobra especial relevancia la aparición del concepto de ciudadanía europea que, junto con el desarrollo de la cuestión relativa a la protección de los Derechos Humanos, vendrán a provocar un cambio fundamental en la aproximación de la Unión Europea a la dimensión de la Justicia. Tal y como se ha visto con anterioridad¹⁰⁴ la libre circulación de personas y la realización del mercado interior como fundamento de las competencias de la Unión Europea en materia de justicia dejan paso a la definición de la misma como un espacio identificado con las características del

¹⁰² Consejo de la Unión Europea, *Directiva 2003/8/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios*, DO L26, de 31 de enero de 2003, pág. 41-47.

¹⁰³ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Reglamento (CE) n° 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados*, DO L 143, de 30 de abril de 2004, pág. 15-39; *ibid.*, *Reglamento (CE) n° 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo*, DO L399, de 30 de diciembre de 2006, pág. 1-32; *ibid.*, *Reglamento (CE) n° 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía*, DO L199, de 31 de julio de 2007, pág. 1-22.

Estado de Derecho en el que, por tanto, han de respetarse los Derechos y libertades fundamentales de los ‘ciudadanos europeos’. Dos cuestiones han de analizarse en este sentido, en primer lugar el impacto que sobre la actividad de la Unión Europea en temas de justicia ha tenido el desarrollo de la noción de ciudadanía europea, y en segundo lugar, la posición de los Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico de la Unión.

La aparición del concepto de ciudadanía europea supuso, con carácter general, la irrupción del ‘individuo’ y sus derechos en el panorama del derecho europeo. La ciudadanía europea fue incorporada en los Tratados constitutivos a través del Tratado de Maastricht¹⁰⁵ lo que supuso un cambio importante en la relación existente entre los individuos nacionales de cada uno de los Estados miembros y la propia organización supranacional, y ello porque implica la aparición del elemento jurídico-político.¹⁰⁶ Desde la perspectiva de la cooperación judicial y con carácter general, en relación al desarrollo del ámbito de justicia, dentro del trío ‘libertad, seguridad y justicia’, esta centralidad del individuo, como sujeto político al que corresponden derechos y libertades, supone la desvinculación definitiva, y especialmente la desaparición del elemento de subordinación, respecto del objetivo del correcto funcionamiento del mercado interior.

Las referencias a la libre circulación de personas como elemento central de la construcción de un ELSJ, han de entenderse por lo tanto en este nuevo contexto, el acervo de la libre circulación se integra ahora como parte del contenido objetivo o material de esta ciudadanía europea.¹⁰⁷ Así se recoge en el preámbulo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,¹⁰⁸ integrada por el Tratado de Lisboa en el sistema de Tratados y con la misma validez jurídica que estos, que dispone que la Unión “Al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y

¹⁰⁴ *Vid. supra*, apartado II.1.

¹⁰⁵ *Tratado de la Comunidad Europea en su versión posterior a la entrada en vigor del Tratado de Maastricht*, DO C 191, de 29 de julio de 1992. Su artículo 8 introduce por primera vez una referencia explícita a la ciudadanía de la Unión que corresponderá a los nacionales de los Estados miembros y que les hará titulares de los derechos y sujetos de los deberes previstos en los Tratados. Tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam la ciudadanía europea pasará a enunciarse en el artículo 17 del TCE al que se añadirá una frase especialmente relevante, aclarando que la ciudadanía europea es “complementaria” y en ningún caso sustituye a la ciudadanía nacional de los ciudadanos.

¹⁰⁶ I. Lirola, *Libre circulación de personas y Unión Europea* (Madrid: Civitas, 1994).

¹⁰⁷ La ciudadanía de la Unión queda restringida a los nacionales de los Estados miembros, al contrario de lo ocurrido con el acervo relativo a la libre circulación extendido en gran medida a los nacionales de terceros Estados residentes legalmente en el territorio de un Estado miembro, los derechos derivados de la noción de ciudadano de la Unión Europea se reserva estrictamente a los nacionales.

¹⁰⁸ Unión Europea, *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, DO C 83, de 30 de marzo de 2010, págs. 389-403., 2010.

justicia, sitúa a la persona en el centro de su actuación”.¹⁰⁹ La consecución de un verdadero mercado interior, y dentro de este de la libre circulación de personas, no se encuentra ya en la base del desarrollo de un espacio jurídico europeo. La Unión se define a sí misma como un Estado de Derecho y como tal ha de garantizar que su territorio constituya un auténtico espacio en el que se protejan y respeten los derechos y deberes ‘constitucionales’ de sus ciudadanos, de modo que “los nuevos Tratados establecen las garantías ofrecidas por el ordenamiento procesal... a través de una lectura del valor ‘Justicia’ que podríamos definir como substancial”.¹¹⁰

Este proceso de incorporación de la dimensión de los Derechos Humanos en el marco del derecho de la Unión Europea tiene su mejor reflejo en la adopción de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹¹¹ y su equiparación a los Tratados; así como en la referencia incorporada en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, en su versión posterior a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, a la incorporación al Derecho de la Unión, como principios generales de los “derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros”.¹¹² La Unión Europea cuenta por lo tanto con un triple nivel de protección de los Derechos Humanos, en primer lugar, un instrumento propio como es la Carta de Derechos Fundamentales, en segundo lugar el valor jurídico otorgado a un instrumento internacional como es el Convenio Europeo¹¹³ y por último la referencia a los Derechos y Libertades fundamentales incorporados en las tradiciones de cada uno de los Estados que conforman la Unión. El ordenamiento jurídico de la Unión Europea está dotado por lo tanto de instrumentos que aseguran la protección de los derechos y

¹⁰⁹ *Ibid.*, preámbulo.

¹¹⁰ S. Gambino, “Jurisdicción Y Justicia Entre Tratado de Lisboa, Convenio Europeo de Derechos Humanos Y Ordenamientos Nacionales,” *Revista de Derecho Constitucional Europeo* 7, no. 13 (2010): 93.

¹¹¹ *Unión Europea, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, op.cit.* nota 108.

¹¹² *Tratado de La Unión Europea, op.cit.* nota 15: art.6.3.

¹¹³ El artículo 6 del TUE dispone igualmente el inicio del proceso de adhesión de la propia Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos para la protección de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales. Muchos son los trabajos que se han centrado en analizar tanto el proceso en sí mismo por las particularidades que presenta, como las consecuencias de una adhesión. En este sentido vid. S. Caballero Sanz, “Crónica de Una Adhesión Anunciada: algunas notas Sobre La Negociación de La Adhesión de La Unión Europea Al Convenio Europeo de Derechos Humanos,” *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 15, no. 38 (2011): 99–128; L.A. Pardo Getino, “Los Derechos Humanos En El Marco de La Última Reforma de La Unión Europea,” *Revista General de Derecho Europeo*, no. 21 (2010): 1–33; M. Jiménez de Parga, “La Adhesión de La Unión Europea Al Convenio Europeo de Derechos Humanos,” en *Une Communauté de Droit : Festschrift Für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, ed. N. Colneric et al. (España: BWV Berliner Wissenschafts, 2003); J. Puente Egido, “¿Adhesión de La Unión Europea Al Convenio Europeo Para La Protección de Los Derechos Humanos?,” en *Soberanía Del Estado Y Derecho Internacional: Homenaje Al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, ed. M. Vargas Gómez-Urrutia y A. Salinas de Frías, vol. 2, 2005, 1119–44.

libertades de sus ciudadanos. Con la reforma operada por el Tratado de Lisboa la Unión Europea ha desarrollado un proceso de “constitucionalización”¹¹⁴ de la protección de los Derechos y libertades en el seno de su ordenamiento.

Ya en el proceso de localización e identificación del fundamento teórico-jurídico de las manifestaciones de cooperación judicial que se producen en el sistema europeo, es importante dirigir la mirada hacia aquellos derechos directamente relacionados con el ámbito de la administración de la potestad jurisdiccional, tanto por parte de los Estados miembros, como por parte de las propias instituciones de la Unión y que pueden incidir en las cuestiones relativas a la cooperación entre autoridades de distintos Estados. Interesa, por lo tanto, en este momento tener en cuenta los derechos y libertades que forman parte del concepto genérico de la tutela judicial otorgada a los ciudadanos europeos y su configuración dentro del ordenamiento jurídico de la Unión. La primera referencia que encontramos a la tutela judicial efectiva aparece directamente en el texto de los Tratados y, más concretamente en relación al ámbito de creación de un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. Así el artículo 67.4 del TFUE afirma que será objetivo y competencia de la Unión, dentro de la delimitación del marco general de este espacio,¹¹⁵ facilitar la tutela judicial efectiva, garantizando en especial el reconocimiento de las resoluciones en materia civil. La tutela efectiva de los Derechos de los ciudadanos aparece ya por lo tanto como uno de los elementos cruciales de este espacio europeo de justicia. Una idea que aparece de nuevo en el artículo 81 del mismo TFUE ya en relación directa con la cooperación judicial civil y que impone al Parlamento y al Consejo la adopción de “medidas para garantizar: e) una tutela judicial efectiva”. Resulta especialmente importante en este punto prestar atención al lenguaje adoptado por el Tratado en su versión posterior a Lisboa. En su redacción anterior, los artículos relativos a la cooperación judicial establecían que las medidas adoptadas habían de encaminarse a la mejora, la simplificación y el fomento¹¹⁶ de las actuaciones relativas a la cooperación, mientras que en la regulación actual la actuación de la Unión en estos

¹¹⁴ Gambino, «Jurisdicción y justicia entre Tratado de Lisboa, Convenio Europeo de Derechos Humanos y ordenamientos nacionales.», *op.cit.* nota 110: 96.

¹¹⁴ Unión Europea, *Tratado de La Unión Europea*, *op.cit.* nota 15: art.6.3.

¹¹⁵ Una referencia previa a la tutela judicial efectiva puede encontrarse en el artículo 19.1 del TUE en relación al acceso de los ciudadanos a los órganos jurisdiccionales de la Unión, disposición que impone a los Estados miembros la obligación de diseñar en sus ordenamientos internos mecanismos que permitan dicho acceso.

¹¹⁶ *Vid.* artículo 65 letras a) y b) del Tratado de la Unión Europea en su versión posterior al Tratado de Ámsterdam

sectores ha de estar garantizada.¹¹⁷ La tutela judicial efectiva se consagra igualmente en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹¹⁸ de carácter jurídicamente vinculante y en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos¹¹⁹ que se refiere, sin embargo, al concepto más reducido del derecho a un proceso equitativo que tendrá, por el propio valor del Convenio en el marco del ordenamiento de la UE, el valor jurídico otorgado a los principios generales.

La tutela judicial efectiva es uno de los principios fundamentales de cualquier ordenamiento jurídico de un Estado de derecho, y como tal ha sido objeto de tratamiento por parte de la doctrina y de la jurisprudencia de cada Estado, que ha determinado su configuración particular en cada caso. Es importante, en este punto, reflexionar sobre cuál sería el alcance material y subjetivo de este Derecho en el caso concreto de la Unión Europea. Respecto de la última de las cuestiones, los sujetos de este derecho parecerían ser, en una primera aproximación, los ciudadanos europeos. Y ello porque, de acuerdo con el artículo 20.2 del TFUE¹²⁰ los ciudadanos europeos son los titulares de los derechos y sujetos de los deberes que contienen los Tratados. ¿Y quién es este ciudadano europeo? El mismo artículo 20 en su apartado primero nos indica que la ciudadanía de la Unión corresponde a todas aquellas personas que son nacionales de un Estado miembro. Estos serían por lo tanto los sujetos de este derecho a una tutela judicial efectiva protegido por la propia UE. Sin embargo, si se analiza el ya citado artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea puede verse como este distingue entre, por una parte, un derecho a la tutela judicial efectiva, correspondiente a “toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados”;¹²¹ y en segundo lugar se identifica un “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” estos últimos predicados respecto de toda persona.

Por último, y por lo que se refiere al ámbito de aplicación territorial de esta protección, cabe plantearse si la tutela judicial efectiva que la UE tiene que proteger y

¹¹⁷ Guzmán Zapater, «Cooperación judicial y Tratado de Lisboa: entre consolidación e innovación.», *op.cit.* nota 66:15.

¹¹⁸ Unión Europea, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *op.cit.* nota 108: art. 47.

¹¹⁹ *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 nº 243, de 10 de octubre de 1979, pág. 23564-23570.

¹²⁰ Unión Europea, *Tratado de Funcionamiento de La Unión Europea*, *op.cit.* nota 94: art.20.2.

¹²¹ Unión Europea, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *op.cit.* nota 108: art.47.

respetar es la tutela judicial en el territorio de cada Estado miembro o es una tutela judicial global, en todo el territorio de la UE. La limitación del alcance de la tutela judicial a cada Estado miembro resultaría contraria al sentido mismo de la ciudadanía europea. Y ello porque supondría una fragmentación de los derechos contemplados en la Carta. La tutela judicial, y por lo tanto el respeto de esos derechos no sería real, no sería eficaz, si las obligaciones de la UE se limitasen al interior de cada Estado miembro y no se predicasen del espacio europeo de justicia definido anteriormente. La tutela judicial en el territorio de cada Estado miembro viene conferida por la relación, por el punto de conexión con ese Estado del individuo o de la relación jurídica, punto que viene determinado por las normas de DIPr de dicho Estado. Es decir, cada uno de los Estados miembros determina las condiciones en las cuáles ejerce “su” tutela judicial efectiva, que le viene impuesta y delimitada por su propia norma fundamental y su ordenamiento jurídico, incluidas las obligaciones contraídas internacionalmente. Sin embargo, si hablamos de la tutela judicial como elemento incorporado en el pack de la ciudadanía europea el territorio y el ordenamiento de referencia han de ser europeos.

Parece por lo tanto que puede identificarse la tutela judicial efectiva como constituyente del fundamento de la cooperación judicial. Sólo a través de esta puede superarse la limitación del carácter soberano del poder jurisdiccional sin fraccionar la protección judicial de los ciudadanos. La tutela se ejerce de modo fraccionado, y no fragmentado, pero sus efectos son unitarios. Es decir, la tutela tiene una eficacia general en todo el territorio de la Unión tanto si las actuaciones judiciales que la protegen proceden de distintos Estados miembros, como si se desarrollan todas en un mismo Estado. Y ello es posible a través de la coordinación de los diferentes actos que implica el uso de instrumentos de cooperación judicial.

II.3. El objeto de la cooperación judicial en el modelo europeo.

II.3.1. Las actuaciones judiciales de inicio y desarrollo del proceso.

Las actuaciones de inicio y desarrollo de un proceso judicial constituyen el núcleo clásico de la cooperación entre autoridades judiciales a nivel histórico. Es la necesidad de recurrir a elementos, determinantes para el proceso, que se encuentran en otro Estado lo que lleva a los países a establecer mecanismos jurídicos que permitan tanto realizar solicitudes de asistencia como recibirlas de otros países. Dentro de este sector de los instrumentos internacionales desarrollados, tanto bilateralmente como a nivel

multilateral – sobre todo desde el Consejo de Europa y la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado –, se ha prestado especial atención a las cuestiones relativas a dos elementos procesales clave para la buena administración de justicia: la notificación de documentos judiciales y la obtención de elementos de prueba.

Si se toma el caso de España puede verse cómo, excluyendo las normas pertenecientes al ordenamiento jurídico de la Unión Europea, existen, en materia civil diez acuerdos internacionales en materia de notificación y entrega de documentos procesales y tres de carácter multilateral; y un total de diez acuerdos internacionales y cuatro multilaterales en relación a la realización de actividades de carácter probatorio. Por el contrario, si tomamos como ejemplo la adopción de medidas cautelares con motivo del reconocimiento y ejecución de una decisión judicial extranjera podemos ver que España ha concluido un total de tres convenios bilaterales y ningún instrumento de carácter multilateral.¹²² En el caso del ámbito de la justicia penal la situación es similar, España tiene en vigor un total de veintisiete acuerdos bilaterales y nueve multilaterales en los que se recogen disposiciones relativas a la notificación de actuaciones judiciales y la realización de actividades de obtención de prueba.¹²³ Es evidente, por lo tanto, la importancia que se da, en el sistema internacional de cooperación judicial, a estos dos elementos. En el modelo europeo la notificación y la prueba han tenido igualmente un papel preponderante. Si se estudia la cronología de los instrumentos desarrollados en el marco de la UE en materia civil puede verse que los primeros en ser adoptados como instrumentos normativos *ex novo*¹²⁴ hacían referencia precisamente a este ámbito: el Reglamento (CE) n° 1348/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil;¹²⁵ y el Reglamento (CE) n° 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos

¹²² Consejo General del Poder Judicial, Prontuario auxilio judicial internacional civil, disponible en: <http://www.prontuario.org/portal/site/prontuario/menuitem.48e73234362a603f3443cf16555a4ea0/?vgnextoid=f99e23224d616310VgnVCM10000053a5e40aRCRD&vgnnextfmt=default&id0=0>

¹²³ Consejo General del Poder Judicial, Prontuario auxilio judicial internacional penal, disponible en: <http://www.prontuario.org/portal/site/prontuario/menuitem.a9a0e9e0dea38e880ca77395555a4ea0/?vgnextoid=d43803a4b8e36310VgnVCM10000053a5e40aRCRD&vgnnextfmt=default&id0=1>

¹²⁴ El llamado Reglamento Bruselas I es igualmente del año 2001, sin embargo ha de tenerse en cuenta que en este caso se trata de cuestiones relativas a la competencia judicial y el reconocimiento, y no a las actuaciones procesales que tradicionalmente conforman el campo de la cooperación judicial. Consejo de la Unión Europea, *Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, DO L 12, de 16 de enero de 2001, pág. 1-23.

¹²⁵ Posteriormente derogado por el texto actualmente en vigor, Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Reglamento (CE) n° 1393/2007, op.cit.* nota 100.

jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil y mercantil.¹²⁶

Sin embargo, el modelo creado por la Unión Europea ha ido mucho más allá y ha profundizado en la colaboración entre autoridades de distintos Estados miembros, es el caso por ejemplo de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles¹²⁷ o la solicitud de medidas cautelares previas a la emisión de una sentencia,¹²⁸ previstas en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea como novedad respecto al modelo internacional y que serán objeto de un estudio pormenorizado en un momento posterior.¹²⁹ En cualquier caso, la mayor novedad introducida por el modelo europeo de cooperación judicial y respecto del objeto de la misma, es sin duda la puesta en marcha de sus propios procedimientos judiciales, válidos en el territorio de todos los Estados miembros de la Unión Europea. Se trata del proceso monitorio europeo¹³⁰ y el proceso europeo de escasa cuantía.¹³¹ Nos encontramos en este caso, no ya ante un fenómeno de cooperación entre autoridades de distintos Estados sino de la imposición de un modelo procesal propio y común a todas ellas. Sin embargo, la UE mantiene su definición como fenómeno de cooperación judicial, en este caso en materia civil, tal y como puede verse en la elección de la base jurídica para la adopción de ambos instrumentos legislativos. En el Considerando Primero de ambos Reglamentos se establece que “la Comunidad debe...adoptar las medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza”.¹³² Para ello la UE, autorizada por el antiguo artículo 65, letra C del TUE, actual artículo 81 del TFUE, opta por proceder a la aproximación de las legislaciones, en este caso procesales, de los Estados que la conforman. Este fenómeno de armonización de los derechos procesales de los

¹²⁶ Consejo de la Unión Europea, *Reglamento (CE) n° 1206/2001*, *op.cit.* nota 35 .

¹²⁷ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles*, DO L 136, de 24 de mayo de 2008, pág 3-8.

¹²⁸ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, DO L 351, de 20 de diciembre de 2012, pág. 1-32, artículo 35..

¹²⁹ *Vid. infra*, capítulo 4.

¹³⁰ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Reglamento (CE) n° 1896/2006*, *op.cit.* nota 103.

¹³¹ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Reglamento (CE) n° 861/2007*, *op.cit.* nota 103; Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Corrección de Errores Del Reglamento (CE) n° 861/2007 Del Parlamento Europeo Y Del Consejo, de 11 de Julio de 2007, Por El Que Se Establece Un Proceso Europeo de Escasa Cuantía (DO L 199 de 31.7.2007)*, DO L 141, de 5 de Junio de 2015, pág. 118-118.

¹³² Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Reglamento (CE) n° 1896/2006*, *op.cit.* nota 103, considerando 1; *Ibid.*, *Reglamento (CE) n° 861/2007*, *op.cit.* nota 103, considerando 1.

Estados miembros y su impacto en el modelo europeo de cooperación judicial civil se analizará detalladamente en el Capítulo 3 de este mismo trabajo.

En el caso del ámbito penal existe, igualmente, un interés por las cuestiones relativas a la obtención de prueba, pero no ocurre lo mismo con el caso de la notificación y entrega de documentos. En el primero de los aspectos puede encontrarse el Exhorto europeo de obtención de pruebas¹³³ cuyas disposiciones son equivalentes a las de su versión en el caso de las materias civil y mercantil. Y la reciente Directiva por la que se crea la Orden Europea de Investigación,¹³⁴ que va un paso más allá en la implementación del modelo europeo de cooperación judicial.¹³⁵ Por lo que se refiere a la notificación y entrega de documentos la UE ha mantenido como instrumento aplicable el Convenio Europeo relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión, hecho en Bruselas el 29 de mayo de 2000.¹³⁶ En estos casos, y como consecuencia del posicionamiento histórico de la cooperación penal en el ‘tercer pilar’ de la estructura europea, los instrumentos elegidos son respectivamente, la Decisión Marco y el Convenio Internacional. El hecho de que por el momento la UE no haya procedido a ‘normalizar’ estos instrumentos transformándolos en reglamentos no significa que se dé menos importancia a estos aspectos tradicionales que aparecen regulados en cualquier caso en el contexto de las relaciones entre Estados miembros de manera específica. Así, el último de los instrumentos adoptados, la Orden Europea de Investigación, adquiere ya la forma de Directiva. Al igual que ocurría en el caso de la cooperación en materia civil el modelo europeo ha ido mucho más allá, sin embargo no lo ha hecho – siempre por lo que se refiere a las medidas de instrucción de las que se ocupa este apartado – como en el caso de la materia civil a través de la introducción de nuevos aspectos, sino a través de la reforma radical de uno de los elementos más tradicionales y neurálgicos del modelo internacional de cooperación: la extradición. El impacto de la regulación europea de esta cuestión¹³⁷ en el modelo en sí mismo ha afectado significativamente a las elecciones del legislador europeo en instrumentos

¹³³ Consejo de la Unión Europea, *Decisión Marco 2008/978/JAI del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal*, DO L 350, de 30 de diciembre de 2008, pág. 72-92.

¹³⁴ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal*, DO L 130, de 1 de mayo de 2014, pág. 1-36, 2014.

¹³⁵ Un análisis detallado de este instrumento se realiza en el Capítulo 5 de este trabajo.

¹³⁶ *Convenio Europeo de asistencia judicial en materia penal*, *op.cit.* nota 11.

¹³⁷ Se trata de la Orden Europea de Detención y Entrega. Consejo de la Unión Europea, *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*, DO L190, de 18 de julio de 2002, pág 1-20.

posteriores, como se verá en relación a la Orden Europea de investigación, en el capítulo 5 de este trabajo.

II.3.2. La incorporación de la dimensión de los justiciables.

Junto al reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales, la otra gran novedad que aporta el modelo europeo de cooperación judicial en términos de objeto de la misma, respecto de los modelos internacionales tradicionales, es la de incorporar en las actuaciones de colaboración entre autoridades judiciales de los Estados miembros la dimensión de los ciudadanos, los justiciables en definitiva. En este sentido el Programa de Estocolmo¹³⁸ recogía ya la prioridad política que suponía para la Unión la protección del ciudadano europeo al titularse “Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano”. La Unión consideraba en este momento que, una vez se había alcanzado la estabilidad económica en un mercado común integrado en que los bienes, los servicios y las personas podían circular libremente, los ciudadanos europeos y el disfrute de sus derechos, habían de ser puestos en el centro del proyecto de integración.¹³⁹ Siguiendo la misma línea evolutiva expuesta con anterioridad¹⁴⁰ la cooperación judicial deja entonces de ser vista como un problema jurídico puramente entre Estados y aparece conceptualizada como un derecho de los propios ciudadanos. La idea del mercado interior, como se ha visto, no desaparece completamente, pero ahora, la cooperación entre autoridades no es ya un instrumento para la consecución de la integración de los mercados, sino un derecho del individuo: la libertad de circulación de las personas ha de venir acompañada de una “libre circulación de la justicia”. Esta visión, que es predicable de forma específica de la evolución del modelo europeo de cooperación judicial puede aplicarse de manera más general al derecho internacional privado europeo que avanza desde una vertiente patrimonial hacia la incorporación del concepto de la ciudadanía europea.¹⁴¹

Como base de esta línea evolutiva puede verse como la figura del justiciable aparece en el desarrollo legislativo del modelo europeo de cooperación judicial internacional en las distintas posiciones potenciales que dicho ciudadano puede adoptar dentro de un proceso de administración de justicia. Así, en primer lugar, la Unión Europea ha

¹³⁸ Consejo Europeo, Programa de Estocolmo, *op.cit.* nota 68.

¹³⁹ A. Chicharro Lázaro, “El Tratado de Lisboa Y El Programa de Estocolmo: Los Nuevos Retos de La Cooperación Judicial En Materia Civil,” *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, no. 20 (2010).

¹⁴⁰ *Vid. supra*, en este mismo capítulo, apartado II.1.

¹⁴¹ L. Moccia, «Du “Marché” a la “Citoyenneté”: a la recherche d’un Droit Privé Européen durable et sa base juridique», *Revue Internationale de Droit Comparé*, n.º 2 (2004): 292-327.

desarrollado medidas de cooperación judicial en relación a la posición de actor de un individuo, o bien cuando ha de responder ante los tribunales de un Estado miembro distinto del suyo. En este sentido la Unión Europea ha prestado especial atención a las cuestiones relativas al acceso a la justicia en los litigios en materia civil o mercantil. En el año 2000 la Comisión publicaba un Libro Verde en relación a la cuestión del acceso a la justicia en aquellos casos en los que el litigio civil es transnacional dentro de la Unión.¹⁴² La Comisión advierte en este Libro Verde de la necesidad de aproximar la legislación de los Estados miembros en materia de asistencia jurídica gratuita, y ello porque, la disparidad existente entre los requisitos subjetivos y objetivos para acceder a la justicia gratuita en los distintos países suponen un gravamen especialmente fuerte en aquellos casos en los que en el litigio se resuelve ante los Tribunales de un Estado miembro distinto del de la persona que ha de litigar y que precisa de esta asistencia gratuita. En respuesta a esta necesidad, identificada en el año 2000 por la Comisión, se procedería posteriormente a la adopción de la Directiva 2003/8/CE¹⁴³ que viene a establecer una serie de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita en los litigios transfronterizos.¹⁴⁴ Es interesante en este punto analizar la base jurídica de esta Directiva 2003/8/CE de modo que resulte clara la vinculación de esta a la afirmación de que el modelo europeo de cooperación judicial toma en consideración la figura del justiciable como un elemento clave de su ámbito material. Los considerandos 1 y 2 de la propia directiva reenvían a la “letra c) del artículo 65 del Tratado”¹⁴⁵ en la que se configura la posibilidad de que la Comunidad adopte medidas relativas a la cooperación judicial en materia civil, y en concreto aquellas que estén dirigidas a la eliminación de obstáculo al “buen funcionamiento de los procedimientos civiles”. La preocupación por la cuestión relativa a la justicia gratuita para los ciudadanos europeos en los asuntos transfronterizos se fundamenta igualmente, en el Considerando 5 de la Directiva, en el derecho de acceso a la justicia, reconocido por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Puede verse, por lo tanto, que la asistencia gratuita es regulada a

¹⁴² Comisión Europea, *COM(2000) 51 final, de 9 de febrero de 2000, Libro Verde Asistencia jurídica en litigios civiles: problemas para el litigante transfronterizo.*

¹⁴³ Consejo de la Unión Europea, *Directiva 2003/8/CE, op.cit.* nota 102.

¹⁴⁴ Para una mayor profundización en el contenido de esta norma europea *vid.* A. Lara Aguado, “Litigios Transfronterizos Y Justicia Gratuita,” *Revista de Derecho Comunitario Europeo, año 8, no. 17* (Enero-Abril 2004): 83–115.

¹⁴⁵ La referencia se realiza al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y en concreto a su versión vigente en el momento de la adopción de la Directiva objeto de estudio aquí. Se trata por lo tanto de la versión consolidada posterior a las modificaciones incorporadas por los Tratados de Ámsterdam y Niza. Unión Europea, Versión Consolidada del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, *op.cit.* nota 57.

nivel europeo como parte de este modelo propio de cooperación internacional y con base en la tutela judicial de los individuos, en este caso concreto representada por el derecho de acceder a la justicia en todo el territorio de la UE, sin verse perjudicado por aquellas situaciones en las que el proceso judicial ha de celebrarse en un Estado miembro distinto al de residencia o domicilio del solicitante de asistencia gratuita.

La preocupación de la Unión Europea por incorporar la figura del individuo poseedor de derechos en el modelo europeo de cooperación es aún más evidente en el caso del ámbito penal. En este caso los esfuerzos a nivel europeo se han centrado en la posición del individuo como víctima de un delito, en relación al cuál se han adoptado números actos de distinta naturaleza. Es el caso de la Directiva 2012/29 sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos,¹⁴⁶ que substituye a la antigua Decisión marco sobre el estatuto de la víctima en el proceso penal,¹⁴⁷ la Directiva 2004/80/CE del Consejo de 29 de abril de 2004 sobre indemnización a las víctimas de delitos.¹⁴⁸ Pero en el ámbito penal la víctima es solo uno de los justiciables y la UE ha tenido en cuenta también la figura del acusado penal como se refleja en Directiva 2016/343 por la que se refuerzan algunos aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a ser oído.¹⁴⁹

III. Conclusiones.

En el marco del ordenamiento jurídico de la Unión Europea se ha desarrollado un modelo de cooperación entre autoridades judiciales propio y diferenciado del modelo internacional clásico. Este nuevo modelo implica, en primer lugar, un cambio de paradigma respecto del fundamento jurídico de la cooperación. Esta no es ya un acto de cortesía internacional entre Estados soberanos, en respeto del monopolio de la administración de justicia que cada uno tiene sobre su propio territorio, sino que se configura como una verdadera obligación impuesta a las autoridades judiciales de cada uno de los Estados miembros, y fundamentada en el derecho a la tutela judicial efectiva

¹⁴⁶ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se substituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo*, DO L315, de 14 de noviembre de 2012, pág. 57-73.

¹⁴⁷ Consejo de la Unión Europea, *Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal*, DO L 82, de 22 de marzo de 2001.

¹⁴⁸ Consejo de la Unión Europea, *Directiva 2004/80/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre indemnización a las víctimas de delitos*, DO L 261, de 6 de agosto de 2004, pág. 15-18.

¹⁴⁹ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo 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 de 2016, pág. 1-11.

de los ciudadanos. Una tutela judicial que no es de alcance nacional, derivada de las Constituciones o normas fundamentales de cada país, sino que tiene un ámbito de aplicación europeo y que se deriva directamente del contenido del estatuto que otorga la ciudadanía europea.

En segundo lugar, y como consecuencia de este cambio de paradigma, puede constatarse como la cooperación judicial – tanto civil como penal – en este nuevo modelo europeo viene entendida como un concepto mucho más amplio en relación al objeto de la misma. No solo forman parte de este aquellas actividades que implican la necesidad por parte de las autoridades de un Estado de recurrir, para iniciar o celebrar un proceso judicial, a la ayuda de autoridades equivalentes en otro país. Ahora se incluyen también todas aquellas acciones que sean necesarias para la protección de los participantes en un proceso (víctima, acusado, parte interesada, demandante, demandado), o bien para que la justicia otorgada sea efectiva en cualquier punto del territorio de la Unión Europea (medidas cautelares, reconocimiento, ejecución.) Al estudio de este nuevo modelo, sus consistencias e inconsistencias y su aplicación práctica en los ámbitos civil y penal, se dirigen los siguientes capítulos de este trabajo.

CAPÍTULO 2

LA ESTRUCTURA JURÍDICA DEL MODELO EUROPEO DE COOPERACIÓN JUDICIAL

I. El reconocimiento mutuo en el modelo europeo de cooperación judicial.

Al consultar cualquier obra, artículo o texto, bien sea académico o político sobre el ámbito de la cooperación entre autoridades judiciales en la Unión Europea, o incluso de forma más amplia sobre el sector de la justicia europea, es inevitable encontrarse de entrada con una referencia al reconocimiento mutuo como “la piedra angular”¹⁵⁰ de dicho sector. Sin embargo, este concepto aparecía ya tradicionalmente como uno de los sectores de estudio del ámbito del Derecho Internacional Privado, incluido por algunos autores como parte de las actuaciones de cooperación internacional, y excluido por otros.¹⁵¹ Este doble uso del concepto jurídico de “reconocimiento” ha de analizarse con detenimiento puesto que la ambigüedad con la que se emplea en la actualidad no permite una correcta identificación de la naturaleza jurídica del mismo en lo que se refiere al ámbito de la cooperación entre autoridades en materia de justicia.

Tradicionalmente el concepto de reconocimiento de decisiones judiciales hacía referencia al acto por el cual las autoridades judiciales de un Estado reconocían la autenticidad y el contenido de una decisión emanada de las autoridades judiciales de otro Estado. En palabras de Szászy se trata de la acción mediante la cual se “determina los efectos domésticos de; (d) una acción que haya de instituirse o en proceso, o ya completada en el extranjero; (e) de ciertos actos procesales ante una corte extranjera; y del (f) resultado de dichos procedimientos”.¹⁵² Es evidente, atendiendo a esta definición que el reconocimiento, así entendido, se configura como un conjunto de actividades o acciones que pueden formar parte o no del núcleo de la cooperación entre autoridades judiciales de distintos países, pero que en ningún caso pueden considerarse “principio jurídico” capaz de regir todo este sector. En el caso de la Unión Europea y su ordenamiento jurídico cabe afirmar que el concepto de reconocimiento opera en distintos niveles y presenta importantes distinciones respecto de su conceptualización

¹⁵⁰ Consejo Europeo, Conclusiones del Consejo de Tampere, *op.cit.* nota 13.

¹⁵¹ *Vid. supra*, capítulo 1, apartado I.2.

¹⁵² I. Szászy, *International Civil Procedure: A comparative Study*, *op.cit.* nota 21.

clásica. Al estudio de estos niveles del “reconocimiento” se dirigen las próximas páginas.

I.1. El reconocimiento mutuo como principio jurídico y su papel en el modelo europeo de cooperación judicial.

I.1.1. La naturaleza jurídica del reconocimiento mutuo en el ordenamiento de la Unión Europea.

I.1.1.1. La problemática de la naturaleza jurídica del reconocimiento mutuo.

El principio de reconocimiento mutuo es uno de los grandes ejes del ordenamiento jurídico de la Unión Europea desde sus orígenes, y está directamente relacionado con la consecución del objetivo de integración económica que se encuentra detrás de la propia idea de integración europea. De forma muy resumida y a modo de introducción a la cuestión que interesa a efectos de este apartado – la naturaleza jurídica de este principio de reconocimiento mutuo – puede afirmarse que, ante la necesidad de proceder a integrar los mercados de los distintos Estados miembros y permitir la libre circulación de mercancías, servicios, personas y capitales hubo de realizarse una importante elección metodológica respecto del mecanismo jurídico a emplear.¹⁵³ Resultaba evidente que, con el objetivo de alcanzar un mercado en el que la libre circulación estuviese garantizada, la aplicación de las normas y estándares del país receptor de los bienes o servicios no podía mantenerse ya que, en la práctica, la existencia de una duplicidad de requisitos a los que atender suponía un obstáculo claro y directo a dicha libre circulación. La opción diametralmente opuesta constituía la obligación de armonizar todas las leyes, normas y estándares en todos los Estados miembros de modo que se eliminase la duplicidad a la que se hacía referencia anteriormente.¹⁵⁴ Este mecanismo constituyó originalmente el denominado enfoque tradicional puesto en práctica por el legislador europeo, a través de una serie de directivas que establecían los criterios y estándares a los que habían de obedecer las mercancías para poder acceder a la libre

¹⁵³ B. Vilà Costa, «Identidad europea y mercado interior», *Revista española de Derecho europeo* 3 (Abril de 2002): 14-36; M. Gardeñes Santiago, *La aplicación de la regla de reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional*, Estudios Internacionales 33 (Madrid: Eurolex, 1999); F. Kostoris Padoa Schioppa, *The Principles of Mutual Recognition in the European Integration Process* (Houndmills, Basingstoke, Hampshire ; New York, N.Y: Palgrave Macmillan, 2005).

¹⁵⁴ M. Möstl, «Preconditions and Limits of Mutual Recognition», *Common Market Law Review* 47, n.º 2 (2010): 405-36.

circulación.¹⁵⁵ Una opción que pronto demostró ser poco eficaz, tanto por la gran cantidad de producción legislativa que la puesta en práctica de este sistema exigía, como por la reticencia de los Estados miembros a renunciar a sus particularidades legislativas.

Sería la sentencia del Tribunal de Luxemburgo en el ya histórico caso del *Cassis de Dijon*¹⁵⁶ la que supondría la aparición de una alternativa, una vía intermedia, el principio de reconocimiento mutuo. Nicolaïdis define este nuevo principio como la conceptualización de la idea de que “your rules... do not have to be the same as mine but they have to be compatible with mine”.¹⁵⁷ Mientras que para Mattera constituye el principio de “unidad pero no uniformidad”¹⁵⁸ que Europa habría heredado de los romanos. Una definición más concreta la propone Pelkmans para quién se trata de la materialización de la idea de que todos los Estados miembros tienen unos objetivos legislativos equivalentes en lo que se refiere a – en el caso del mercado interior – seguridad, salud, medioambiente y protección de los consumidores y que, por lo tanto, un Estado debe reconocer el control realizado por el otro Estado, el de origen de las mercancías en el caso de la libre circulación de bienes. Este reconocimiento supone la imposibilidad de ejercer un segundo control en el momento de entrada en el segundo Estado.¹⁵⁹ La aplicación del mecanismo del reconocimiento mutuo permitió de este modo superar, de forma eficaz, los obstáculos al libre mercado impuestos por los Estados sin tener que realizar el esfuerzo ingente, y de alto coste político, de armonizar las legislaciones de todos los Estados miembros.

I.1.1.2. *El encaje del reconocimiento mutuo en la doctrina en materia de principios jurídicos.*

A pesar de que el legislador europeo y la Corte de Justicia se refieren al reconocimiento mutuo como principio, la naturaleza jurídica de este no es un tema

¹⁵⁵ A. Mattera, «The Principle of Mutual Recognition and Respect for National, Regional and Local Identities and Traditions», en *The principles of mutual recognition in the European integration process*, ed. F. Kostoris Padoa Schioppa (Houndmills, Basingstoke, Hampshire ; New York, N.Y: Palgrave Macmillan, 2005), 1-24.

¹⁵⁶ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 20 de febrero de 1979, C-120/78, Asunto *Cassis de Dijon*, ECLI:EU:C:1979:42.

¹⁵⁷ K. Nicolaïdis, «Trusting the Poles? Constructing Europe through Mutual Recognition», *Journal of European Public Policy* 14, n.º 5 (2007): 686.

¹⁵⁸ Mattera, «The Principle of Mutual Recognition and Respect for National, Regional and Local Identities and Traditions.», *op.cit.* nota 155: 5.

¹⁵⁹ J. Pelkmans, “Mutual Recognition in Goods and Services: An Economic Perspective,” en *The Principles of Mutual Recognition in the European Integration Process*, ed. F. Kostoris Padoa Schioppa (Houndmills, Basingstoke, Hampshire ; New York, N.Y: Palgrave Macmillan, 2005), 85–128.

pacífico en la doctrina,¹⁶⁰ pueden encontrarse referencias que lo identifican como un valor ético, un principio jurídico, un principio político o un sistema de gobernanza. Muchos autores especializados en integración europea desde la perspectiva de las relaciones internacionales y la ciencia política acogen esta última idea. Es decir, consideran que el reconocimiento mutuo se ha convertido en un verdadero sistema de gobernanza,¹⁶¹ propio y específico de la Unión Europea. En este sentido Héritier considera que el principio de reconocimiento mutuo ha de conceptualizarse como una regla institucional desarrollada por la Unión Europea y sus Estados miembros, que al mismo tiempo regula su comportamiento.¹⁶² Nicolaïdis, cuya definición del mecanismo de funcionamiento del reconocimiento mutuo se ha visto anteriormente, considera en cambio, que su naturaleza es la de un principio regulatorio. Desde la perspectiva de la jurisprudencia y la doctrina jurídica el reconocimiento mutuo se conceptualiza con más uniformidad como un principio jurídico. Por lo que se refiere a la doctrina, la teoría de los principios jurídicos es un campo altamente desarrollado por los teóricos del derecho, especialmente en el caso de los grandes expertos de la teoría moderna¹⁶³ de los principios jurídicos como Dworkin¹⁶⁴ y Alexy.¹⁶⁵ La extensión y la profundidad de los estudios en este campo se han producido igualmente en el caso de los principios jurídicos en el ordenamiento de la UE.¹⁶⁶ El estudio detallado de la teoría de los

¹⁶⁰ Nicolaïdis, “Trusting the Poles?”, *op.cit.* nota 157; M. Poiars Maduro, “So Close and yet so Far: The Paradoxes of Mutual Recognition,” *Journal of European Public Policy* 14, no. 5 (2007): 814–25.

¹⁶¹ S.K. Schmidt, «Mutual Recognition as a New Mode of Governance», *Journal of European Public Policy* 14, n.º 5 (2007): 667-81.

¹⁶² A. Héritier, «Mutual Recognition: Comparing Policy Areas», *Journal of European Public Policy* 14, n.º 5 (2007): 800-813.

¹⁶³ Como es sabido, las cuestiones relativas a los principios jurídicos no aparecen por primera vez en la obra de Dworkin sino que otros autores habían tratado la cuestión con anterioridad. *Cfr. inter alia*, N. Bobbio, “Principi Generali Di Diritto,” en *Contributi Ad Un Dizionario Giuridico*, N. Bobbio (Turín: Giapichelli, 1994), 257–79. Sin embargo es cierto que el autor americano afirmó por primera vez y de manera directa el carácter de normas pertenecientes al ordenamiento jurídico de los principios jurídicos, y por ello su obra se considera especialmente relevante y de referencia en la materia.

¹⁶⁴ *Cfr.* R. Dworkin, *Los derechos en serio* (Barcelona: Ariel, 1984); R. Dworkin, *Law’s Empire* (Harvard University Press, 1986).

¹⁶⁵ R. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989); R. Alexy, «On the Structure of Legal Principles», *Ratio juris: An international journal of jurisprudence and philosophy of law* 13, n.º 3 (2000): 294-304; R. Alexy, *El concepto y la validez del derecho.*, 2.a ed. (Barcelona: Gedisa, 2004); R. Alexy, «Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad», *Revista española de derecho constitucional* 31, n.º 91 (2011): 11-29; R. Alexy, «Formal principles: Some replies to critics», *International journal of constitutional law* 12, n.º 3 (2014): 511-24.

¹⁶⁶ *Inter alia*, J.A. Usher, *General Principles of EC Law*, European Law Series (London: Longman, 1998); K. Schiemann, “Europe--Our Common Legal Principles,” *Yearbook of European Law* 19, no. 1 (1999): 205–16; C. Hilson, “Rights and Principles in EU Law: A Distinction without Foundation?,” *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 15, no. 2 (2008): 193–215; L. S. Rossi, “How Fundamental Are Fundamental Principles? Primacy and Fundamental Rights after Lisbon,” *Yearbook of European Law* 27, no. 1 (January 1, 2008): 65–87; K. Lenaerts and J.A. Gutierrez-Fons, “The Constitutional Allocation of Powers and General Principles of EU Law,” *Common Market Law Review* 47, no. 6 (December 1, 2010): 1629–69; A. Von

principios jurídicos no es en ningún caso el objeto de este trabajo, sino que se pretende únicamente analizar, partiendo de algunos de los trabajos más relevantes en la materia tanto con carácter general como en relación al ordenamiento europeo, si el reconocimiento mutuo encaja dentro de la definición generalizada de principio jurídico.

Partiendo por lo tanto de la obra de Dworkin las características fundamentales atribuibles a los principios son dos. En primer lugar se encuentra la idea de que, al contrario que las normas, los principios no se aplican siguiendo la formulación del todo o nada es decir, que aunque resulten aplicables al caso no imponen una consecuencia jurídica concreta sino que dan al juez u operador jurídico motivos, razones e indicaciones para decidir de una manera determinada. Esta idea se complementa con lo que Dworkin denomina la dimensión del peso que se otorga a estos en caso de colisión entre ellos. Es decir, cuando dos normas entran en conflicto una de ellas se aplicará invalidando a la otra que deja, por lo tanto, de ser válida. En el supuesto de los principios esto no ocurre así ya que, en caso de conflicto, se atribuirá a cada uno de ellos un peso determinado que indicará cual de los principios se aplica en dicho caso, sin que esto suponga la invalidación del otro, que en otro supuesto podría ver como se convierte en el principio con más peso relativo, y por tanto el aplicable. La aplicación de esta idea en el caso del principio de reconocimiento mutuo puede ejemplificarse con el conflicto entre dicho principio y la llamada cláusula del orden público que se analiza, entre otras muchas, en la STJUE en el asunto C-681/13.¹⁶⁷ En este asunto se plantea al Tribunal la interpretación que ha de darse al artículo 34 del Reglamento Bruselas I,¹⁶⁸ con anterioridad a su reforma, en relación al reconocimiento mutuo de decisiones judiciales procedentes de un Estado miembro, por parte de las autoridades de otro Estado miembro. Dicho artículo dispone que: “Las decisiones no se reconocerán: 1) si el reconocimiento fuere manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido”.¹⁶⁹ Se trata, por lo tanto, de un conflicto entre el reconocimiento mutuo y el orden público. La argumentación esgrimida por el Tribunal y su respuesta a la cuestión

Bogdandy, “Founding Principles of EU Law: A Theoretical and Doctrinal Sketch,” SSRN Scholarly Paper (Rochester, NY: Social Science Research Network, February 15, 2010); T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, 3a ed. (Oxford European Union Law Library, 2016). En el caso de la doctrina española *vid.* A.G. Chueca Sancho, «Los principios generales del Derecho en el ordenamiento comunitario», *Revista de Instituciones Europeas* 10, n.º 3 (1983): 863-98; N. Catalano y R. Scarpa, *Principios de derecho comunitario* (Madrid: Tecnos, 1988); E. Linde Paniagua, M. Bacigalupo Saggese, y J.A. Fuentetaja Pastor, *Principios de derecho de la Unión Europea* (Madrid: Colex, 2012).

¹⁶⁷ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 16 de julio de 2015, C-681/13, Asunto Diageo, ECLI:EU:C:2015:471.

¹⁶⁸ Consejo de la Unión Europea, *Reglamento (CE) n.º 44/2001*, *op.cit.* nota 124.

¹⁶⁹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto Diageo, *op.cit.* nota 167, párrafo 6.

permitirán ver si el reconocimiento mutuo responde a la teoría de los pesos planteada por Dworkin para los principios. El litigio se produce cuando la demandada Diageo pretende paralizar el reconocimiento por parte de un tribunal holandés de una sentencia búlgara que declara ilegal el embargo instado y obtenido en Bulgaria por esta misma entidad, Diageo. El motivo alegado para paralizar el reconocimiento es precisamente la cláusula de orden público, prevista en el artículo 33 del Reglamento 44/2001.¹⁷⁰ En este sentido el Tribunal en el punto 41 de la sentencia realiza lo que puede considerarse como una ponderación o atribución de peso a la cláusula de orden público respecto del principio de reconocimiento mutuo, para determinar que “sólo cabe aplicar la cláusula de orden público que figura en el artículo 34, punto 1, del Reglamento nº 44/2001 en el caso de que el reconocimiento de la resolución dictada en otro Estado miembro choque de manera inaceptable con el ordenamiento jurídico del Estado requerido, por menoscabar un principio fundamental”.¹⁷¹ Puede verse así que en caso de conflicto el Tribunal otorga a cada uno de los principios en juego un peso para poder resolver la cuestión concreta en favor de uno de los dos, en este caso el de reconocimiento. Esta argumentación realizada por el TJUE nos permite subsumir el reconocimiento mutuo en el concepto de principio de Dworkin.

Una vez vista la caracterización de los principios propuesta por Dworkin cabe dirigirse a la crítica planteada por Alexy,¹⁷² quien considera insuficiente esta descripción de los principios y se plantea por qué en el caso de un conflicto entre principios la solución es distinta a la de las normas. Para dar respuesta a esta pregunta propone la definición de los principios como mandatos de optimización que no imponen la obligación de cumplirlos plenamente, sino de actuar de acuerdo con el principio de que se trate en la mayor medida posible y, siempre que no existan impedimentos jurídicos o fácticos.¹⁷³ Desde esta perspectiva el reconocimiento mutuo es un principio, y no una norma, y ello puede ejemplificarse claramente haciendo referencia a algunos de los primeros instrumentos de cooperación desarrollados en el modelo europeo como es el caso del Reglamento 1206/2001 en materia de obtención de pruebas.¹⁷⁴ En su artículo 11 esta norma dispone que el tribunal de un Estado miembro que solicita la realización de

¹⁷⁰ Consejo de la Unión Europea, *Reglamento (CE) nº 44/2001*, *op.cit.* nota 124.

¹⁷¹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto Diageo, *op.cit.* nota 167, párrafo 44.

¹⁷² Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, *op.cit.* nota 165; *Ibid.*, «*On the Structure of Legal Principles*», *op.cit.* nota 165; *Ibid.*, *El concepto y la validez del derecho*, *op.cit.* nota 165.; *Ibid.*, «Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad», *op.cit.* nota 165; *Ibid.*, «Formal principles.», *op.cit.* nota 165.

¹⁷³ Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, *op.cit.* nota 165, 185.

¹⁷⁴ Consejo de la Unión Europea, *Reglamento (CE) nº 1206/2001*, *op.cit.* nota 35.

un acto de prueba puede pedir que se reconozcan las condiciones de realización de la prueba vigentes en su propio derecho, ahora bien la autoridad que recibe dicha solicitud habrá de cumplir la petición “a no ser que el procedimiento en cuestión sea incompatible con el Derecho del Estado miembro del órgano jurisdiccional requerido o que existan grandes dificultades de hecho”.¹⁷⁵ El funcionamiento del reconocimiento mutuo responde aquí de manera clara al modelo planteado por Alexy ya que el Reglamento impone la necesidad de que las autoridades judiciales apliquen el principio del reconocimiento mutuo en la medida en que los condicionantes jurídicos – el Derecho del Estado miembro del órgano jurisdiccional requerido – o fácticos-grandes dificultades de hecho – lo permitan.

Pero para Alexy su formulación a través de un mandato de optimización no es la única característica definitoria de los principios sino que su cercanía y relación con los valores ha de tenerse en cuenta también, así:

“Toda colisión de principios puede ser presentada como una colisión de valores... la única diferencia reside en el hecho de que en las colisiones de principios de lo que se trata es de qué ha de ser en definitiva lo debido mientras que en la solución de una colisión de valores a lo que se responde es, en definitiva, qué es lo mejor... principios y valores son lo mismo, una vez con ropaje deontológico y otra con ropaje axiológico”.¹⁷⁶

El encaje del principio del reconocimiento mutuo, tal y como se ha desarrollado en el ordenamiento de la Unión Europea, en esta formulación viene claramente marcado por su relación con el concepto de confianza mutua. De acuerdo con el planteamiento de Alexy puede verse como, en el caso de la Unión Europea, en la colisión entre el principio de reconocimiento mutuo y el principio del control por parte del Estado de origen, se aplica el primero puesto que se considera que para asegurar el buen funcionamiento de un mercado común, y ante la imposibilidad, como se veía anteriormente, de armonizar todas las normas de los distintos Estados, lo debido es reconocer las decisiones y normas del Estado de origen. Y esta decisión se basa en la convicción de que confiar en que la legislación de otro Estado miembro es igual de válida que la del propio es lo mejor, ya que como afirma el TJUE en el asunto Bauhuis

¹⁷⁵ *Ibid.*, 11.

¹⁷⁶ Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, *op.cit.* nota 165: 164.

el “sistema se basa en la confianza que deben mostrarse los Estados miembros en lo concerniente a las garantías ofrecidas por los controles efectuados a la salida”.¹⁷⁷

En la doctrina española Atienza y Ruiz Manero¹⁷⁸ proponen una interesante distinción entre principios en sentido estricto y directrices o normas pragmáticas. Los primeros se caracterizan por expresar “los valores superiores de un ordenamiento jurídico de un sector del mismo, de una institución, etc.”;¹⁷⁹ mientras que las directrices establecen la obligación de seguir una determinada dirección o unos determinados fines. Además consideran que existen toda una serie de características que si se dan en un elemento jurídico, unidas a alguna de las dos anteriores o combinadas entre sí, pueden reconducirse a un principio en sentido estricto o a una directriz. Estas características serían, entre otras, la generalidad en relación a las propiedades generales del caso que regulan, la existencia de normas redactadas en términos vagos, la importancia de las normas, la elevada jerarquía de la norma, las normas dirigidas a los órganos de aplicación jurídico, o por último que se trate de un enunciado de la ciencia jurídica. Si sometemos el reconocimiento mutuo al test de estas categorías parecería que se trata de una norma general-ya que se aplica a los distintos sectores del proceso de integración europea-, a la que se da una gran importancia dentro del ordenamiento jurídico europeo – basta observar como aparece referenciada en todos los instrumentos aprobados hasta el momento¹⁸⁰ – y dirigida a las autoridades políticas, administrativas y judiciales encargadas de aplicar el derecho – puesto que se refiere al comportamiento que dichas autoridades han de observar ante una decisión procedente de una autoridad de otro Estado miembro. Una vez visto que cumple varias de las características propias de los principios es importante analizar si el reconocimiento mutuo se corresponde con un principio en sentido estricto o una directriz. Atienza y Ruiz Manero¹⁸¹ proponen como ejemplo de la primera categoría el principio de igualdad formal recogido en el artículo 14 de la Constitución española,¹⁸² mientras que como directriz se refieren a la obligación para los poderes públicos de proteger a los consumidores a través de las medidas de salvaguarda de su seguridad, salud e intereses económicos legítimos.¹⁸³ Si se aplican

¹⁷⁷ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 25 de enero de 1977, C-46/76, Asunto Bauhuis, ECLI:EU:C:1977:6, párrafo 22.

¹⁷⁸ M. Atienza y J. Ruiz Manero, «Sobre principios y reglas», *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho* 10 (1991): 101-20.

¹⁷⁹ *Ibid.*, 104.

¹⁸⁰ *Vid. infra*, en este mismo capítulo, apartado I.1.2.

¹⁸¹ Atienza y Ruiz Manero, «Sobre principios y reglas.», *op.cit.* nota 178.

¹⁸² *Constitución española*, BOE n° 311, de 29 de diciembre de 1978, pág. 29313 a 29424, artículo 14.

¹⁸³ *Ibid.*, artículo 51.

estos criterios y ejemplos es posible argumentar que el reconocimiento mutuo ha de categorizarse como una directriz o norma programática que fija el objetivo de que las resoluciones adoptadas en un Estado miembro por una autoridad del mismo puedan surtir efectos en el territorio de otro Estado miembro de manera rápida y eficaz, para mejorar la cooperación judicial y favorecer la protección judicial de los individuos.¹⁸⁴

I.1.1.3. *El encaje del reconocimiento mutuo en la teoría de los principios del derecho de la Unión Europea.*

El reconocimiento mutuo parece responder, por lo tanto a los modelos de principio jurídico planteados por los teóricos del derecho, sin embargo, es necesario dar un paso más y analizar el encaje de este concepto jurídico en la definición de principio elaborada por parte de los autores expertos en el proceso de integración europea teniendo en cuenta las diferentes posiciones teóricas existentes en la materia. En un primer momento una serie de autores identificaron la existencia, en el marco del derecho por entonces comunitario, de dos tipos de entidades jurídicas a las que se aplicaba de forma poco precisa el apelativo de principios de derecho comunitario.¹⁸⁵ Esta posición distinguía entre los principios generales de derecho y las reglas o principios fundamentales del derecho de la Unión Europea – identificadas por Pescatore¹⁸⁶ como libertad, igualdad, solidaridad y unidad. Estas se caracterizarían porque, a pesar de ser identificadas en los Tratados como principios constituyen en realidad “reglas pragmáticas que fijan los objetivos de la Comunidad; ... ello ha de entenderse en el sentido de normas que despliegan sus efectos con especial fuerza en todo el ámbito comunitario y no como normas que permanecen en el etéreo espacio del programa sin incidir en la realidad”.¹⁸⁷

Por el contrario, la mayor parte de la doctrina actual se decanta por la formulación de una serie de principios generales del derecho en el ordenamiento europeo. Dentro de estos van a distinguirse una serie de características, para algunos autores, o tipologías, para otros, con las cuales intentan responder a los problemas conceptuales identificados

¹⁸⁴ Consejo Europeo, *Conclusiones del Consejo de Tampere*, *op.cit.* nota 13, párrafo 33.

¹⁸⁵ M.F. Dumon, «Méthodes d'interprétation vues par un juge à la Cour» (Luxemburgo: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, 1976); J. Guegan, «Les méthodes de la Cour de Justice des Communautés Européennes, Tomo I» (Université de Rennes, 1979).

¹⁸⁶ P. Pescatore, “Les Objectifs de La Communauté Européenne Comme Principe D'interprétation Dans La Jurisprudence de La Cour de Justice,” en *Miscellanea W. J. Ganshof van Der Meersch, Tomo II* (Bruselas: Bru, 1972), 325–63.

¹⁸⁷ Chueca Sancho, «Los principios generales del Derecho en el ordenamiento comunitario», *op.cit.* nota 166: 869.

por los autores de la corriente anteriormente expuesta.¹⁸⁸ Podemos observar esta nueva tendencia en la definición trabajada por Takis Tridimas en su obra clave en esta materia. Según este autor los principios generales del derecho en el marco europeo se caracterizan por:

“a) they derive from the rule of law and pertain to public law. They refer primarily to the relationship between the individual and the public authorities (both Community and national) ...; b) they are derived by the Court from the laws of the Member States but their content as sources of Community law is determined by the distinct characteristics and needs of the Community legal order; c) they can be said to pre-exist written law in that provisions of the Treaty which expressly provide for them are understood to be their specific expressions”.¹⁸⁹

Si se toma la primera característica a la que Tridimas hace referencia puede verse que se trata de principios de derecho público que se derivan del Estado de Derecho y que rigen la relación entre los ciudadanos y los poderes públicos. En este sentido el reconocimiento mutuo puede considerarse como un principio que cumple esta característica. Si bien es cierto que las obligaciones derivadas del mismo se imponen a los Estados miembros en las relaciones entre sus autoridades, estas obligaciones se derivan del derecho que cada ciudadano europeo tiene de exigir, en el caso de la cooperación judicial, que las autoridades implementen mecanismos de cooperación que permitan la protección de la tutela judicial de manera efectiva en el contexto del territorio de la UE.¹⁹⁰ El encaje del reconocimiento mutuo en la segunda de las especificaciones aportadas por Tridimas resulta mucho más evidente por lo que se refiere a su primera parte, el origen de los principios: se trata de un principio de creación jurisprudencial. Por el contrario, argumentar a favor de la idea de extracción de este principio de los ordenamientos nacionales resulta más difícil. La obligación de reconocer de manera automática las decisiones judiciales emanadas de las autoridades de un Estado soberano distinto a aquel que ha de realizar el reconocimiento y potencial

¹⁸⁸ U. Bernitz y J. Nergelius, eds., *General Principles of European Community Law* (Leiden: Kluwer Law International, 2000); Takis Tridimas, *The General Principles of EC Law*, *op.cit.* nota 166; R. Gosalbo Bono y U. Seif, “The Development of General Principles of Law at National and Community Level,” en *Richterrecht Und Rechtsfortbildung in Der Europäischen Rechtsgemeinschaft*, ed. R. Schulze (Tübingen: Mohr Siebeck, 2003), 99–142; X. Groussot, *General Principles of Community Law* (Groningen: Europa Law Publishing, 2006); C. Barnard, “Introduction to the Issues,” en *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*, 4th ed. (Oxford: Oxford University Press, 2013), 3–32; K. Davies, “General Principles of Union Law,” en *Understanding European Union Law*, 6th ed. (Nueva York: Routledge, 2016), 63–70; X. Groussot, J. Hettne, y G. Petursson, “General Principles and the Many Faces of Coherence: Between Law and Ideology in the European Union,” *Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law* Forthcoming (2016).

¹⁸⁹ Tridimas, *The General principles of EC law*, *op.cit.* nota 166: 3.

¹⁹⁰ *Vid. supra*, capítulo 1, apartado I.1.2.

ejecución, no forma parte de la tradición nacional que, como es sabido, en este tipo de supuestos partía del no reconocimiento, salvo que se cumpliera con una serie de condiciones. La última de las características identificada por Tridimas es aquella en la que encontramos una mayor distancia entre el reconocimiento mutuo y su idea de principio general del derecho ya que considera que estos preexisten a la ley escrita, puesto que las previsiones del Tratado se presentan como expresiones específicas de estos ideales previos. El reconocimiento mutuo no se corresponde con este paradigma puesto que su creación por parte del Tribunal de Justicia respondía a la necesidad de alcanzar de manera plena un objetivo elegido y prefijado por los Tratados, el mercado común, no como reconocimiento o derivación de un ideal preexistente sino como la respuesta más adecuada para obtener dicho objetivo.¹⁹¹ Teniendo en cuenta que para Tridimas solo aquellos principios que reúnen las tres características pueden considerarse realmente principios generales de derecho de la Unión Europea, el reconocimiento mutuo no parece poder identificarse como tal. Sin embargo, este mismo autor reconoce que esta es solo una de las maneras de interpretar el concepto de principio general del derecho en el ordenamiento europeo.

En efecto, si se parte por ejemplo de la propuesta aportada por Verhoeven¹⁹² puede observarse que para este existen tres tipos de principios generales del derecho: axiológicos, estructurales y comunes. Los primeros harían referencia a los valores generales y preexistentes propios de un ordenamiento jurídico en un Estado de Derecho, idea que aparecía con anterioridad como una de las características definidas por Tridimas. Se trata del principio de igualdad o el principio de legalidad, principios de carácter filosófico-político que identifican un sistema jurídico como respetuoso de los derechos y libertades fundamentales y de carácter democrático. Por otra parte, por lo que se refiere a los principios estructurales Papadopoulou, que recoge la clasificación propuesta por Verhoeven, los define como aquellos que "...se deducen de la naturaleza, de las características y de la economía de cada sistema, estos principios...permiten al juez asegurar el buen funcionamiento del orden jurídico del cual emanan...".¹⁹³ Por último, los principios comunes son, para estos autores, aquellos típicos de organizaciones supranacionales en las que confluyen distintos ordenamientos jurídicos.

¹⁹¹ Gardéñes Santiago, *La aplicación de la regla de reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional*, op.cit. nota 153.

¹⁹² J. Verhoeven, *Droit International Public* (Bruselas: Larcier, 2000).

¹⁹³ R.E. Papadopoulou, *Principes Gèneraux du Droit et Droit Communautaire* (Bruselas: Bruylant, 1996), 9.

Se trata de principios extraídos de dichos ordenamientos nacionales y adaptados al ordenamiento común por el juez internacional o en este caso de la Unión Europea.

Dentro de esta última clasificación de los principios generales de derecho plateada por Verhoeven¹⁹⁴ o Papadopoulou,¹⁹⁵ en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea el principio de reconocimiento parece ocupar la posición de principio estructural. Así, se trata de un desarrollo jurisprudencial que el TJUE dedujo en su momento de los objetivos del orden jurídico europeo – el mercado interior en un primer momento y la construcción de un espacio de justicia posteriormente-, de acuerdo con la naturaleza y características del propio sistema – supranacional – y que permiten a los jueces garantizar el buen funcionamiento del mismo. Esta idea de principio estructural puede relacionarse directamente con la idea de principio pragmático referida anteriormente como principio o regla fundamental del derecho de la Unión Europea. En cualquier caso en todos los planteamientos de definición y clasificación de los principios de derecho en el ordenamiento europeo el reconocimiento mutuo ocupa esta posición que puede definirse como una especie de principio o regla de funcionamiento. No es en ningún caso un principio común de todos los ordenamientos nacionales que se haya trasladado al ordenamiento supranacional, sino que se trata de una creación jurisprudencial desarrollada específicamente en el marco de este último. Tampoco puede definirse el reconocimiento mutuo como principio axiológico propio del sistema democrático y del Estado de derecho, ni siquiera en el caso del modelo generado por la Unión Europea. El principio de reconocimiento mutuo ha sido creado, elegido y aceptado por todos los actores del espacio europeo de justicia como una regla que permite que puedan alcanzarse los objetivos marcados, en cada momento, dentro de dicho ámbito del proceso global de integración europea.

I.1.2. El principio de reconocimiento mutuo en el modelo europeo de cooperación judicial.

I.1.2.1. La introducción del principio en el ámbito de justicia.

El principio de reconocimiento mutuo hace su entrada en el campo de la cooperación judicial internacional como consecuencia de la adaptación procedente del sector de la integración de los mercados. Dos factores influyeron fundamentalmente en esta elección del principio de reconocimiento mutuo como idóneo para fundamentar este sector: su

¹⁹⁴ Verhoeven, *Droit International Public*, *op.cit.* nota 192.

¹⁹⁵ Papadopoulou, *Principes Gèneraux du Droit et Droit Communautaire*, *op.cit.* nota 193.

éxito en la integración de los sectores económicos y el hecho de que las cuestiones de justicia surgen, en el proceso general de integración europea, subordinadas a las consecuencias de estos objetivos económicos. Esta idea de adaptación del principio al sector de la asistencia judicial aparece por primera vez en las Conclusiones del Consejo de Tampere en el que se establece que “el Consejo Europeo hace suyo el principio del reconocimiento mutuo, que, a su juicio, debe ser la piedra angular de la cooperación judicial en materia civil y penal en la Unión”.¹⁹⁶ A partir de este momento todo el desarrollo de la cooperación judicial se centrará en esta idea del reconocimiento mutuo como principio angular para la implementación del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia. Ejemplos de esta centralidad del principio pueden encontrarse en el Programa de la Haya de 2004 en el que se reconoce el esfuerzo realizado y se anima a “proseguir el esfuerzo por facilitar el acceso a la justicia y la cooperación judicial, así como la plena utilización del reconocimiento mutuo”,¹⁹⁷ y en el Programa de Estocolmo de 2010 en el que el Consejo Europeo insta a los Estados a seguir trabajando en la implementación de este principio para poder “facilitar la vida a las personas: una Europa de la ley y la justicia”.¹⁹⁸ Igualmente pueden encontrarse estas referencias al principio como base de la justificación de la adopción de muchos de los instrumentos normativos, tanto en materia civil como penal. Es el caso de la Decisión Marco que crea la orden de detención europea que en su considerando 6, dispone que “la orden de detención europea prevista en la presente Decisión marco es la primera concreción en el ámbito del derecho penal del principio de reconocimiento mutuo”¹⁹⁹ mientras que en el número 5 afirma que “es preciso substituir las relaciones clásicas de cooperación que prevalecían entre Estados miembros por un sistema de libre circulación de decisiones judiciales”.²⁰⁰ Ejemplos como este puede encontrarse igualmente en relación a los textos en materia civil y mercantil. Así, por ejemplo, el Reglamento 1215/2012 conocido como Bruselas Ibis indica la necesidad de que “se garantice un reconocimiento y una ejecución rápidos y simples de las resoluciones judiciales dictadas en un Estado miembro”.²⁰¹ Por su parte, en el caso de la adopción de un instrumento para la creación de un procedimiento monitorio europeo, se dispone que “cualquier sentencia dictada en

¹⁹⁶ Consejo Europeo, *Conclusiones del Consejo de Tampere*, *op.cit.* nota 13.

¹⁹⁷ Consejo Europeo, *El Programa de La Haya: Consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea*, DO C53, de 3 de marzo de 2005, pág. 1-14.

¹⁹⁸ Consejo Europeo, Programa de Estocolmo, *op.cit.* nota 68: párrafo 3.

¹⁹⁹ Consejo de la Unión Europea, Decisión Marco 2002/584/JAI, *op.cit.* nota 137: considerando 6.

²⁰⁰ *Ibid.*: considerando 5.

²⁰¹ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Reglamento (UE) n° 1215/2012*, *op.cit.* nota 128: considerando 4.

un Estado miembro en el proceso europeo de escasa cuantía debe reconocerse y ejecutarse en otro Estado miembro sin que se requiera ninguna declaración de ejecutabilidad y sin posibilidad alguna de oponerse a su reconocimiento”.²⁰²

I.1.2.2. *Los efectos de la aplicación del principio de reconocimiento mutuo en el modelo europeo de cooperación judicial.*

Una vez visto el proceso de construcción seguido por el reconocimiento mutuo hasta convertirse en un principio jurídico dentro del ordenamiento europeo, así como su adaptación como eje rector del sector de la cooperación judicial, es necesario analizar el impacto que dicha elección ha tenido en el modelo europeo en este ámbito. Basar la cooperación entre autoridades judiciales en la idea del reconocimiento del ordenamiento del Estado requirente supone un cambio radical, tanto para la estructura del propio sistema legal como para la cultura profesional de los operadores del sistema judicial nacional: jueces, procuradores o abogados.

La primera manifestación de este cambio es el interlocutor al que ha de dirigirse el juez que se encuentra ante una situación de extranjería que le exige recurrir a los instrumentos de cooperación. En el modelo tradicional, el contacto entre autoridades en el ámbito judicial pertenecientes a dos Estados distintos, tendía a producirse en un nivel muy elevado, el de los Ministerios de Justicia, al tratarse la jurisdicción como uno de los elementos clave de la soberanía nacional, cualquier excepción a esta regla, basada en la idea de la reciprocidad o de la cortesía internacional exigía que fuese este alto nivel de decisión quién interactuase con su homólogo extranjero. En los instrumentos previos al modelo europeo, el sistema de contacto se basaba en la existencia de Autoridades Centrales en cada uno de los Estados, encargadas tanto de recibir las peticiones de sus propias autoridades y trasladarlas a la Autoridad Central del denominado Estado receptor, como de recibir y transmitir a la autoridad directamente competente las peticiones procedentes de otros Estados. Este es el caso de la mayoría de los Convenios adoptados en el marco de la Conferencia de la Haya para el caso de la cooperación civil en temas como la obtención de prueba²⁰³ o el traslado de documentos.²⁰⁴ Estas Autoridades Centrales se correspondían tradicionalmente con los Ministerios de

²⁰² Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Reglamento (CE) n° 861/2007*, *op.cit.* nota 103.

²⁰³ *Instrumento de ratificación del Convenio relativo a la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil, hecho en La Haya el 18 de marzo de 1970*, BOE n° 203, de 25 de agosto de 1987, pág. 26206-26221.

²⁰⁴ *Instrumento de ratificación del Convenio relativo a la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial, hecho en La Haya el 15 de noviembre de 1965*, BOE n° 203, de 25 de agosto de 1987, pág. 26197-26206.

Justicia, por ejemplo en el caso de España para los dos convenios anteriormente referenciados ésta estaba situada en la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional. En el caso de la cooperación penal, ya en el seno del Consejo de Europa y en el Acuerdo Schengen,²⁰⁵ se había introducido la posibilidad de que las peticiones de asistencia fuesen dirigidas por la autoridad judicial competente del Estado requirente a la autoridad extranjera competente para prestar la cooperación necesaria. La introducción de esta posibilidad de contacto directo entre autoridades supuso un gran paso hacia la eficacia y eficiencia en la colaboración transfronteriza en el ámbito criminal. Responde a este nuevo sistema el Convenio Europeo de asistencia judicial en materia penal.²⁰⁶ En la definición del modelo europeo de cooperación judicial, el legislador de la Unión y los Estados miembros optaron desde el primer momento por introducir como mecanismo de transmisión de solicitudes de cooperación el del contacto directo entre autoridades competentes en ambos Estados. La elección de esta opción entre todas las posibles es una de las consecuencias o manifestaciones más concretas del principio de reconocimiento mutuo en el ámbito de la cooperación judicial europea. Como se veía anteriormente en la sentencia en el Asunto Bauhuis, este principio presupone la aceptación de los controles realizados por parte de las autoridades competentes ‘a la salida’. Siguiendo esta línea de razonamiento, la obligación de que las solicitudes pasen por una Autoridad Central en el Estado de recepción es contraria a la idea de aceptación de los controles realizados en el momento en que la solicitud es realizada por parte de la autoridad judicial que sigue el caso. La eliminación de este mecanismo intermedio responde por lo tanto a la tendencia general de simplificación a la que se dirige, en definitiva, todo el modelo europeo en un “esfuerzo por facilitar el acceso a la justicia y la cooperación judicial, así como la plena utilización del reconocimiento mutuo”.²⁰⁷

La extensión del principio de reconocimiento mutuo al campo de la justicia transnacional tiene otra consecuencia fundamental, en relación a la ley aplicable a las actuaciones realizadas en el Estado requerido en cumplimiento de la solicitud recibida. En el modelo tradicional de cooperación judicial internacional las actuaciones que hayan de realizarse de acuerdo con la solicitud planteada por el Estado extranjero se

²⁰⁵ *Instrumento de ratificación del Acuerdo de adhesión del Reino de España al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1994 relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes*, BOE nº 81, de 5 de abril de 2014, pág. 10390-10422.

²⁰⁶ *Convenio Europeo de asistencia judicial en materia penal*, *op.cit.* nota 11.

²⁰⁷ Consejo Europeo, *El Programa de La Haya*, *op.cit.* nota 197.

llevan a cabo de acuerdo con los requisitos y procedimientos establecidos en la *lex fori*. La aplicación del principio de cortesía internacional, basado en la concepción de la jurisdicción como parte integrante de la soberanía, lleva al mantenimiento de la regla clásica de *lex fori regit processum* que supone la aplicación del derecho propio a todas las cuestiones procesales.²⁰⁸ Puesto que la asistencia internacional se refiere generalmente a este tipo de asuntos, resulta lógico que la ley aplicable a la misma sea la propia del Estado requerido. En el caso del legislador español, como indica Fernández Rozas se ha reconocido esta norma en el artículo 8 del Código Civil que,

“tras instituir la regla *lex fori regit processum* para las actuaciones que se sustancien en territorio español hace referencia a las remisiones que las leyes procesales españolas puedan hacer a las leyes extranjeras respecto a los actos procesales que hayan de realizarse fuera de España”.²⁰⁹

Puede verse, por lo tanto, que el propio derecho interno español prevé que en aquellos casos en que se realicen actos procesales fuera del propio territorio, y por lo tanto necesariamente a través de los canales de cooperación judicial que resulten aplicables en el caso concreto, será de aplicación la ley extranjera correspondiente. Esta regla puede encontrarse tanto en acuerdos bilaterales como multilaterales, así lo muestra por ejemplo el artículo 5 del convenio bilateral de asistencia judicial entre España y Brasil al disponer que “La notificación se llevará a efecto de acuerdo con la Ley del Estado requerido”.²¹⁰ Lo mismo ocurre en el caso del artículo 3 del Convenio de asistencia judicial en materia penal del Consejo de Europa que establece que “La parte requerida hará ejecutar, en la forma que su legislación establezca, las comisiones rogatorias”.²¹¹

El modelo europeo de cooperación judicial supera el modelo tradicional de aplicación de la *lex fori* a las cuestiones procesales, a pesar de que esta sigue siendo la norma por defecto, y permite que a dichas cuestiones se apliquen las disposiciones contenidas en la legislación del Estado requirente aunque sometiendo dicha posibilidad a la petición específica por parte del solicitante. Se trata de la posibilidad de que un Estado miembro tenga que realizar actuaciones procesales dentro de su Estado pero

²⁰⁸ M.D. Adam Muñoz, «La regla “*lex fori regit processum*”», *Justicia: revista de derecho procesal*, n.º 3 (2002): 121-43; A. Font i Segura, «Una lectura comunitaria del principio *lex fori regit processum*», *Anuario español de derecho internacional privado*, n.º 1 (2001): 283-314.

²⁰⁹ J.C. Fernández Rozas, «Notificaciones en el extranjero: experiencias en los procesos de integración y en las relaciones entre México y España», *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado* 7 (1999): 48.

²¹⁰ *Convenio de cooperación jurídica en materia civil entre el Reino de España y la República Federativa del Brasil, firmado en Madrid el 13 de abril de 1989, op.cit. nota 37: artículo 5.*

²¹¹ *Convenio Europeo de asistencia judicial en materia penal, op.cit. nota 11: artículo 3.*

aplicando las normas procesales contenidas en el ordenamiento jurídico de otro Estado. Un ejemplo puede encontrarse en el Reglamento 1206/2001²¹² que establece que el solicitante podrá exigir que la prueba se obtenga de acuerdo a su derecho interno y el Estado requerido habrá de responder a dicha petición. El legislador europeo ha previsto solo dos posibilidades de negativa: que la realización conforme a la *lex causae* sea contraria a las provisiones contenidas en la *lex fori* o bien que haya grandes dificultades de hecho que lo impidan. Este modelo es el seguido, con carácter general en el resto de instrumentos que responden al modelo europeo de cooperación judicial, a excepción de la Orden europea de Investigación para la cual, la aplicación de la *lex causae* solo podrá rechazarse cuando esta resulte contraria a los principios fundamentales del Estado requerido.²¹³ Por lo tanto, el modelo europeo mantiene, en algunas ocasiones, la regla general según la cual *lex fori regit processum*, introduciendo sin embargo la posibilidad de que, a solicitud de quien pide el auxilio internacional, se aplique la *lex causae*, con limitadas posibilidades de rechazo de esta posibilidad. Esta posibilidad es una consecuencia directa de la aplicación del principio del reconocimiento mutuo. Este reconocimiento ha de entenderse como un reconocimiento tanto del derecho material como del derecho procesal de cada uno de los Estados miembros, puesto que en realidad lo que implica, como se ha explicado anteriormente, es un reconocimiento de que el derecho de todos los países es equivalente.

I.2. El reconocimiento y la ejecución de decisiones judiciales como objeto de la cooperación judicial.

I.2.1. La incorporación del reconocimiento y la ejecución de decisiones judiciales al concepto de cooperación judicial en el modelo europeo.

Tradicionalmente, y como se ha visto con anterioridad, la consideración del reconocimiento y la ejecución de decisiones de una autoridad judicial, en el territorio de un Estado distinto al de aquella que la ha emanado, como parte del concepto de cooperación judicial internacional ha generado amplias polémicas en el seno de la literatura especializada. Desde un punto de vista teórico, y si se parte de la definición clásica de cooperación judicial como aquellas acciones que se realizan, a petición de una autoridad de otro Estado, para asistir a esta en el desarrollo de un proceso judicial, podría considerarse sustentada la exclusión del reconocimiento y la ejecución, y ello por

²¹² Consejo de la Unión Europea, *Reglamento (CE) n° 1206/2001*, *op.cit.* nota 35.

²¹³ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Directiva 2014/41/CE*, *op.cit.* nota 134, artículo 9.2.

dos motivos fundamentales: primero, en atención del sujeto que solicita el reconocimiento y segundo, de acuerdo con el momento procesal en el que se realiza dicho requerimiento.²¹⁴ En primer lugar, la petición de reconocimiento y eventual ejecución procederá, con carácter general de un individuo, de un ciudadano particular,²¹⁵ y no de una autoridad. Es decir que, al contrario de lo que ocurre en el caso de la asistencia en materia de notificación o de obtención de pruebas “los dos tribunales implicados casi no interactúan entre ellos”.²¹⁶ El tribunal que recibe la solicitud se limita a reconocer que la decisión judicial que se le presenta cumple con los requisitos marcados en su ordenamiento jurídico para ser reconocida y producir efectos en el territorio de su Estado, y por lo tanto, no ha de colaborar en ningún momento con el tribunal emisor del acto judicial. Es esto indicativo de que se trata de una acción independiente de la corte reconociente. Parecería sin embargo que algún tipo de cooperación entre ambas ocurre, aunque esta sea de carácter indirecto, puesto que la segunda no entraría en juego si la primera no hubiese emitido una resolución. Esta cooperación podría entenderse como la que la corte que reconoce la sentencia extranjera presta al tribunal emisor con el objeto de que su decisión despliegue los efectos oportunos que permitan ofrecer a los individuos implicados una verdadera tutela judicial efectiva. La corte reconociente coopera de este modo en la impartición de justicia por parte del tribunal original.

El segundo de los elementos que, desde una perspectiva teórica, dejaría el reconocimiento de sentencias fuera del objeto de la cooperación judicial internacional se centra en el desarrollo del proceso judicial en el país de origen. Por definición, la cooperación judicial supone lo que podría denominarse una “asistencia al proceso declarativo” como se ha denominado en un momento anterior.²¹⁷ Una asistencia que puede tener como objetivo proceder a iniciar un proceso judicial, como sería el caso de la notificación o de la extradición; o bien actos procesales que tengan lugar durante el desarrollo del mismo, como serían los supuestos de obtención de pruebas en territorio extranjero. Por el contrario cuando nos encontramos ante supuestos de requerimiento para el reconocimiento, en una mayoría de casos, el procedimiento judicial ha finalizado en el país de origen. Existen excepciones a esta regla como es el reconocimiento de

²¹⁴ *Vid. supra*, capítulo 1, apartado I.2.

²¹⁵ *Instrumento de ratificación del Convenio entre el Reino de España y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas sobre asistencia judicial en materia civil, firmado en Madrid el 26 de octubre de 1990, BOE nº 151, de 25 de junio de 1997, pág. 19579-19582.*

²¹⁶ P. Schlosser, «Jurisdiction and international judicial and administrative cooperation», *op.cit.* nota 9: 32.

²¹⁷ *Vid. supra*, capítulo 1, apartado II.2.3.

aquellas resoluciones judiciales que se emiten durante el proceso, caso en que se encontrarían los autos de imposición de medidas cautelares.²¹⁸ En definitiva existen argumentos que, desde un punto de vista teórico, parecen sustentar, aunque con excepciones considerables, la idea de que el acto por el cual se da reconocimiento y efecto a una decisión judicial extranjera no forma parte del ámbito jurídico de la cooperación judicial internacional.

Cuando se dirige la mirada hacia el modelo europeo la realidad es bien distinta. El artículo 81.2 letra a) del TFUE²¹⁹ establece la obligación de que el Parlamento Europeo y el Consejo adopten todas aquellas medidas que resulten necesarias para garantizar el reconocimiento de las sentencias y decisiones extrajudiciales en materia civil de un Estado miembro en todos los demás. El posicionamiento de esta obligación en el Capítulo 3 bajo el epígrafe de Cooperación Judicial en materia civil no deja dudas al respecto de la inclusión del reconocimiento en dicho ámbito por lo que se refiere al modelo europeo. Lo mismo ocurre en el ámbito penal, donde entre las disposiciones contenidas en el artículo 82, dentro del Capítulo 4 dedicado a la cooperación en materia penal se incluye una referencia análoga.²²⁰ Llegados a ese punto, es posible preguntarse por lo tanto el por qué de ese posicionamiento sin matices de las cuestiones relativas al reconocimiento y ejecución de sentencias dentro del campo de la cooperación judicial en su modelo europeo y el motivo ha de buscarse en el origen histórico de esta “política europea”. La dimensión europea de justicia se creó desde un primer momento, como se ha explicado con anterioridad, como complemento de la integración de mercados entre los países que conformaban la original Comunidad Europea. Este hecho llevó a lo que Sandra Lavenex²²¹ denomina un supuesto de “isomorfismo institucional”, esto es que, para proceder a la integración efectiva de un nuevo sector, en este caso el de Justicia, se adopta un mecanismo que ha tenido un efecto positivo en otro sector, en este caso el sector de referencia: el mercado interior. De esta forma el reconocimiento mutuo entendido en su dimensión de principio se convierte en “la piedra central de la cooperación judicial”²²² en el modelo europeo. Al ser el reconocimiento mutuo, como principio, el elemento fundamental de este sector de la integración europea, el reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales, en el que la “cooperación” a

²¹⁸ Aspecto que se tratará con detenimiento en el capítulo 4 de este trabajo.

²¹⁹ Unión Europea, Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, *op.cit.* nota 94: artículo 81.

²²⁰ *Ibid.*: artículo 82.

²²¹ S. Lavenex, «Mutual Recognition and the Monopoly of Force: Limits of the Single Market Analogy», *Journal of European Public Policy* 14, n.º 5 (agosto de 2007): 762-79.

²²² Consejo Europeo, *Conclusiones del Consejo de Tampere*, *op.cit.* nota 13.

realizar es, en principio, puramente esta, la de aplicar el principio, no podía no considerarse parte integrante de la cooperación judicial europea, a pesar de la contradicción que esto supone respecto de los modelos clásicos internacionales de asistencia entre autoridades judiciales de muchos países.²²³

I.2.2. La progresiva desaparición del exequátur en el modelo europeo de cooperación judicial.

I.2.2.1. La progresiva desaparición del exequátur en la cooperación en materia civil.

Siguiendo la lógica anteriormente descrita son muchas las disposiciones que pueden encontrar en el ordenamiento jurídico de la UE que abordan la cuestión del reconocimiento dentro de instrumentos dirigidos a regular cuestiones de cooperación judicial. Desde los orígenes del desarrollo de este modelo europeo de cooperación judicial las cuestiones relativas al reconocimiento de decisiones extranjeras, tanto en el ámbito civil y mercantil como en el caso del derecho penal, han estado marcadas por una tendencia a la simplificación de los procedimientos intermedios y, a partir de finales de los años 90 y principios de los 2000,²²⁴ por una política dirigida a la eliminación del elemento central del modelo internacional clásico: el procedimiento de exequátur.²²⁵ El exequátur puede definirse como el mecanismo usado de manera constante a nivel histórico en las legislaciones nacionales y en los acuerdos internacionales, tanto multilaterales como bilaterales, para regular el proceso para el reconocimiento y la ejecución de decisiones extranjeras. Como es sabido el exequátur, como procedimiento intermedio permitía por una parte, el control de la sentencia y su compatibilidad con el

²²³ La inclusión del reconocimiento en el sector de la cooperación ya era defendida en el modelo tradicional por algunos autores, a pesar de que las normas nacionales y los tratados internacionales no lo considerasen así. En relación a esta cuestión *vid. supra*, capítulo 1, apartado I.2.

²²⁴ Son una vez más las conclusiones del Consejo de Tampere las que abordan este tema al posicionar el principio de reconocimiento mutuo como clave en el ámbito del reconocimiento de decisiones en el contexto de la Unión Europea. La concreción de las medidas a adoptar para poner en práctica este objetivo de la desaparición del exequátur se encuentra en el Consejo de la Unión Europea y Comisión Europea, *Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, DO C 12, de 15 de enero de 2001, pág. 1-9. Para un análisis detallado de este proyecto *vid. C. González Beilfuss*, «El proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil», *Revista española de Derecho Internacional* 52, n.º 2 (2000): 662-69.

²²⁵ Para un estudio más detallado de la evolución histórica de la figura del exequátur en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea *vid. M. Villagómez*, «Reconocimiento y exequátur de decisiones judiciales en la CEE», *Revista de Instituciones Europeas* 13, n.º 1 (1986): 29-58; *A. Borrás*, «Hacia la supresión del exequátur en Europa», *Cuadernos de derecho judicial*, n.º 4 (2001): 15-52; *P. Oberhammer*, «The Abolition of Exequatur», *IPRax: Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 30, n.º 3 (2010): 197-203; *M. López de Tejada Ruiz*, «La supresión del exequátur en el espacio judicial europeo», *Diario La Ley*, n.º 7766 (2011).

ordenamiento interno del país en el que se pretendía el reconocimiento y, por otra la emisión de una declaración de ejecutividad que complementaba la sentencia original, convirtiéndola en el Estado receptor en título ejecutivo.²²⁶ El control de la compatibilidad permitía además revisar la sentencia extranjera tanto desde un punto de vista procesal (derechos de las partes, competencia jurisdiccional), como desde un punto de vista material o de fondo. La trayectoria seguida por la Unión Europea en relación a la supresión de este mecanismo no ha sido demasiado clara como se verá a continuación.

La desaparición de este procedimiento de exequátur en la Unión Europea no ha constituido ni mucho menos un proceso fácil ni exento de polémicas y no puede considerarse todavía como un proceso concluido, aunque si parecería que irreversible. La mayor parte de los debates en este sentido parten en realidad de una falsa asimilación realizada desde el principio, y en la que pueden reconocerse dos dimensiones, la primera política y la segunda jurídica. La primera de las confusiones procede de la asimilación entre la defensa de un espacio jurídico europeo, y en concreto en el ámbito civil de un Derecho Internacional Privado Europeo, con la defensa de la eliminación del exequátur y cualquier procedimiento intermedio opuesto a la inmediata eficacia de las decisiones de una autoridad judicial de un Estado miembro en todo el territorio de la Unión Europea. El problema generado por esta primera confusión es el de dar al exequátur un tratamiento demasiado superficial, considerándolo una mera “formalidad burocrática” sin llegar a analizar detenidamente su función jurídica.²²⁷ La segunda de las confusiones, directamente derivada de esta primera, es la que ha llevado al legislador europeo a confundir la eliminación del elemento procesal del exequátur con la eliminación de las condiciones para el reconocimiento de decisiones extranjeras. Pedro de Miguel Asensio argumenta en este sentido que “Las principales objeciones... tienen que ver... no tanto con la supresión del exequátur – una cuestión básicamente de procedimiento – como con la total eliminación de ciertos controles – en particular el orden público”.²²⁸

²²⁶ G. Cuniberti, «Some Remarks on the Efficiency of Exequatur», *University of Luxembourg Law Working paper Series 1* (2012).

²²⁷ X. Kramer, «Abolition of Exequatur Under the Brussels I Regulation: Effecting and Protecting Rights in the European Judicial Area», *Nederlands Internationaal Privaatrecht (NIPR)*, 2011.

²²⁸ P. de Miguel Asensio, «Espacio europeo de justicia: evolución y perspectivas en el sector del reconocimiento y ejecución de decisiones», *Anuario español de Derecho internacional privado*, Tomo 6 (2006): 18.

Como consecuencia de estos intensos debates,²²⁹ y de la oposición por parte de un sector de expertos y operadores del derecho, la eliminación del exequátur se ha producido de manera gradual y sin una consistencia lógica, podría decirse, en cuanto a los requisitos para el reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras.²³⁰ En cualquier caso esta eliminación se realizó primero a través de instrumentos particulares que suprimían los procedimientos intermedios para casos muy concretos y finalmente, en el caso del ámbito civil y mercantil, con la eliminación generalizada que llegaría de la mano de la reforma del Reglamento Bruselas I. Se analizará, a continuación, este proceso de eliminación del exequátur y los problemas metodológicos que ha planteado, en el caso del ámbito civil y mercantil. Aunque la primera manifestación de la tendencia a la simplificación aparece ya en la sustitución del sistema del Convenio de Bruselas por el Reglamento 44/2001 (Bruselas I),²³¹ no será hasta la entrada en vigor del Reglamento 2201/2003 en materia matrimonial y responsabilidad parental²³² cuando se produzca por primera vez, en sus artículos 40 a 45, la supresión total del exequátur.²³³ A pesar de que para la mayoría de supuestos el Reglamento 2201/2003 mantiene un proceso de exequátur incluso más restrictivo que el del Reglamento Bruselas I, esta nueva norma tiene la particularidad de incorporar la ejecutividad inmediata y automática de ciertas decisiones relativas al régimen de visita y la restitución de menores, para las cuáles es suficiente el certificado de la autoridad judicial de origen para que la decisión sea directamente ejecutable en todo el territorio de la UE. En este caso, el Estado de origen solo habrá de comprobar que la resolución se ha dictado de acuerdo con una serie de garantías procesales relativas a la tutela judicial de las partes implicadas. De esta forma se traslada al efecto ejecutivo lo que ya ocurría en relación a

²²⁹ Un detallado estudio del debate en torno a esta cuestión puede encontrarse en Cuniberti, «Some Remarks on the Efficiency of Exequatur.», *op.cit.* nota 266.

²³⁰ Una distinta “metodología” en palabras de Xandra Kramer a la que seguiremos parcialmente en el análisis de esta gradual desaparición del exequátur en el modelo europeo de cooperación judicial. *Vid.* Kramer, «Abolition of Exequatur Under the Brussels I Regulation: Effecting and Protecting Rights in the European Judicial Area.», *op.cit.* nota 227.

²³¹ de Miguel Asensio, «Espacio europeo de justicia», *op.cit.* nota 228; J. Maseda Rodríguez, «Motivos de denegación de la ejecución material de una resolución extranjera y motivos de denegación de su ejecutividad: alegación y procedimiento de exequátur», *Dereito: Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, n.º 1 (2013): 265-300.

²³² Consejo de la Unión Europea, *Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) 1347/2000*, DO L 338, de 23 de diciembre de 2003, pág. 1-29, 2003.

²³³ C.M. Caamiña Domínguez, «La “supresión” del exequátur en el R 2201/2003», *Cuadernos de derecho transnacional* 3, n.º 1 (2011): 63-83.

otros aspectos del reconocimiento, como es el caso del efecto registral y en general de las decisiones declarativas que no exigen ejecución.

La verdadera eliminación del exequátur se produciría, sin embargo, con lo que se han denominado instrumentos de segunda generación:²³⁴ el título ejecutivo europeo para créditos no impugnados,²³⁵ el requerimiento europeo de pago o proceso monitorio europeo²³⁶ y el procedimiento europeo de escasa cuantía.²³⁷ En lo que se refiere al título ejecutivo europeo aparece ya una eliminación total del procedimiento intermedio. En aquellos casos, muy específicos, que entren en el ámbito de aplicación del Reglamento, el juez de origen podrá certificar su decisión como Título Ejecutivo Europeo²³⁸ y, por lo tanto, hacerla directamente ejecutable en cualquiera de los Estados Miembros con la excepción, claro está, de Dinamarca. En este nuevo Título el control se limita a una serie de garantías procesales mínimas, que en cualquier caso se realizará por parte del juez de origen, sin que sea posible por lo tanto el control de la decisión y en concreto su compatibilidad con el orden público del Estado de origen. En este punto puede verse que la metodología seguida por el legislador europeo concuerda con la incorporada en el Reglamento 2201/2003: eliminación del control material y traslado del control formal a la autoridad judicial de origen. La estrategia seguida ha sido distinta en el caso del procedimiento monitorio europeo y el procedimiento de escasa cuantía ya que en estos casos nos encontramos ante la creación de auténticos procedimientos europeos que derivan en un título directamente aplicable y ejecutable en todos los Estados miembros. El motivo de la ausencia de exequátur en este caso se basa en presupuestos distintos y en concreto en la idea de que, puesto que el procedimiento seguido para su adopción ha sido armonizado, no cabe alegar motivos ni siquiera de tipo procesal ante un potencial reconocimiento y ejecución en el territorio de otro Estado miembro. La última de las etapas de este cambio progresivo ha sido la reforma del reglamento 44/2001 y la aprobación consecuente del Reglamento 1215/2012²³⁹ en el que se produce, de manera

²³⁴ Algunos autores hablan ya de la existencia de una tercera generación de instrumentos, *vid. inter alia*, V. Mitsilegas, «The Third Wave of third pillar law: Which direction for EU criminal justice?», *European Law Review* 34, n.º 4 (2009): 523-60.

²³⁵ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Reglamento (CE) n.º 805/2004*, *op.cit.* nota 103.

²³⁶ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Reglamento (CE) n.º 1896/2006*, *op.cit.* nota 103.

²³⁷ Parlamento Europeo and Consejo de la Unión Europea, *Reglamento (CE) n.º 861/2007*, *op.cit.* nota 103.

²³⁸ F. Gascón Inchausti, ed., *El título ejecutivo europeo para créditos no impugnados*, 1. ed, Monografías Aranzadi 370 (Cizur Menor, Navarra: Aranzadi, 2005); M.A. Rodríguez Vázquez, «El título ejecutivo europeo como primera manifestación de la supresión del exequátur en materia patrimonial», *DeCITA: direito do comércio internacional = derecho del comercio internacional*, n.º 4 (2005): 337-58.

²³⁹ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Reglamento (UE) n.º 1215/2012*, *op.cit.* nota 128.

más generalizada, la supresión del exequátur o al menos un intento de ello.²⁴⁰ Si el debate sobre la eliminación de este procedimiento intermedio había sido intenso en relación a los instrumentos particulares que se habían ido adoptando, en el caso de la reforma del Reglamento Bruselas I estos alcanzaron su punto álgido.

I.2.2.2. *La progresiva desaparición del exequátur en la cooperación en materia penal.*

La eliminación de la necesidad de exequátur ha sido un proceso que ha tenido su relevancia igualmente en relación a la cooperación en el ámbito del derecho penal, en el que ha provocado todavía mayores reticencias en relación, fundamentalmente, a la protección de los derechos y libertades fundamentales de las personas implicadas. Aunque el ejemplo más conocido y estudiado en relación a la eliminación del exequátur en materia penal en la Unión Europea es probablemente el de la Orden Europea de detención (OEDE), este proceso está muy avanzado y alcanza ya a numerosos aspectos del proceso judicial penal.²⁴¹ No obstante, es cierto que la Orden fue la primera manifestación de este proceso y que venía a substituir un instrumento tan arraigado en la cultura judicial internacional como es el de la extradición.²⁴² Al igual que ocurría en el caso del derecho civil la eliminación del exequátur se realiza inicialmente en un sector específico y en relación a un tipo muy concreto de resolución judicial, aquella que ordena la búsqueda y detención de una persona a la que se requiere para el ejercicio de la acción penal o para exigir y garantizar el cumplimiento de una pena o medida de seguridad.²⁴³ Es necesario analizar, en este punto, que ocurre con los controles ejercidos por el Estado que ha de reconocer la decisión judicial en el caso de la OEDE. Como es sabido el proceso tradicional de extradición permitía al Estado requerido rechazar el reconocimiento de la orden extranjera en base a una serie de elementos, con carácter general²⁴⁴ aquellos relacionados con: i) la competencia judicial del Estado requerido

²⁴⁰ M.A. Rodríguez Vázquez, «Una nueva fórmula para la supresión del exequátur en la reforma del Reglamento Bruselas I», *Cuadernos de derecho transnacional* 6, n.º 1 (2014): 330-47.

²⁴¹ Resulta especialmente relevante el caso de la obtención de prueba penal al que se dedica el capítulo 5 de este trabajo.

²⁴² Alegre y Leaf, “Mutual Recognition in European Judicial Cooperation: A Step Too Far Too Soon? Case Study—the European Arrest Warrant,” *op.cit.* nota 46.

²⁴³ Consejo de la Unión Europea, Decisión Marco 2002/584/JAI, *op.cit.* nota 137.

²⁴⁴ Resulta claro que el listado taxativo de motivos de denegación de extradición depende de la existencia de un acuerdo bilateral o multilateral aplicable y de lo dispuesto en este. Sin embargo, y con carácter general pueden identificarse en la práctica general internacional una serie de elementos en torno a los cuales los Estados tienden a retener su capacidad de control. Para un estudio más de los supuestos de denegación de peticiones internacionales de extradición vid. C. García Barroso, *El procedimiento de extradición II* (Madrid: Colex, 1996); Cezón González, *Derecho extradicional*. En relación al ordenamiento jurídico español más información puede encontrarse en R. Bellido Penadés, *La extradición en Derecho Español*, 1.a ed. (Madrid:

para ejercer la acción penal sobre los mismos hechos; ii) la necesidad de doble incriminación; iii) la exclusión de delitos políticos y militares; iv) la no extradición de los propios nacionales; v) la minoría de edad; vi) el principio de *ne bis in ídem* y; vii) las condenas en ausencia o en rebeldía. Se trata de una serie de condicionantes que pueden agruparse en tres áreas: los requisitos materiales objetivos, los requisitos materiales subjetivos y los requisitos procesales.²⁴⁵ La Orden Europea, por el contrario, elimina muchos de los motivos de denegación de la entrega y distingue entre aquellos motivos que de manera directa suponen la denegación de la solicitud y aquellos en los que el órgano requerido puede optar por reconocer o no reconocer la solicitud presentada por la autoridad del Estado requirente. La eliminación de alguna de estas posibilidades de rechazo ha generado importantes polémicas en el sector del derecho procesal internacional en Europa,²⁴⁶ en concreto la imposibilidad de alegar la necesidad de la doble tipificación para un amplio número de delitos, y la obligación de reconocer incluso aquellas decisiones que obligan a la entrega de un ciudadano del propio Estado, han dado lugar a numerosas acusaciones de violación de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos.

Por lo tanto, al igual que se veía anteriormente en materia civil, las reticencias ante la eliminación del exequátur no responden a la desaparición del procedimiento en sí mismo, sino a la pérdida de poder de control y revisión por parte de las autoridades judiciales que han de reconocer la decisión extranjera. A la preocupación en definitiva por la pérdida de poder del juez nacional como garante del respeto del propio ordenamiento jurídico y de los derechos individuales previstos por el orden constitucional nacional.²⁴⁷ El modelo de eliminación del exequátur en material penal se ha ido expandiendo y generalizando en los instrumentos legislativos que se aprobaron en los años sucesivos en relación a otros elementos clave en el procedimiento judicial penal. Es el caso de la orden europea de vigilancia,²⁴⁸ el reconocimiento automático de

Civitas, 2001); B. García Sánchez, *La extradición en el ordenamiento interno español, internacional y comunitario* (Granada: Comares, 2005).

²⁴⁵ S. Calaza-Ramudo López, “Cooperación Judicial Internacional. Extradición Y Euroorden.” *Revista General de Derecho Procesal* 2 (Octubre 2003): 1–34.

²⁴⁶ M. Fichera, «The European Arrest Warrant and the Sovereign State: A Marriage of Convenience?», *op.cit.* nota 46.

²⁴⁷ J. Komárek, “European Constitutionalism and the European Arrest Warrant: In Search of the Limits of Contrapunctual Principles”, *op.cit.* nota 46.

²⁴⁸ Consejo de la Unión Europea, *Decisión marco 2009/829/JAI del Consejo, de 23 de octubre de 2009, relativa a la aplicación, entre Estados miembros de la Unión Europea, del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional*, DO L 294, de 11 de noviembre de 2009, pág. 20–40.

decisiones de embargo preventivo y aseguramiento de pruebas,²⁴⁹ el procedimiento de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias o el exhorto europeo de obtención de pruebas,²⁵⁰ la orden europea de protección,²⁵¹ y la Directiva en materia de decomiso de 2014.²⁵² Todos estos textos prevén la substitución del exequátur por un procedimiento rápido y eficaz de reconocimiento pero al mismo tiempo mantienen la posibilidad de que el Estado que ha de reconocer la decisión extranjera pueda comprobar, de forma limitada, ciertos aspectos relativos a la misma.

Sin embargo, y al igual que en el caso de la evolución de este proceso en relación a los procedimientos de derecho privado, la eliminación del exequátur no ha seguido una metodología completamente consistente en cuanto a los motivos que permiten la denegación del reconocimiento y/o ejecución de la decisión extranjera ya que estos varían dependiendo del instrumento que se analice. Si se observa lo que ocurre con la orden de vigilancia europea o el exhorto europeo de obtención de pruebas puede verse como estos difieren de la orden europea de detención y entrega en algunos de los motivos de denegación. En concreto en cuanto a las inmunidades y privilegios en el Estado de ejecución y en referencia a la competencia del Estado requerido para juzgar los mismos hechos que sustentan la resolución cuyo reconocimiento se solicita. En relación a las inmunidades y privilegios instrumentos como el exhorto y la orden de vigilancia prevén la posibilidad de que el Estado requerido rechace reconocer la decisión de otro Estado miembro porque la persona interesada goza de inmunidad conforme a su propio derecho. La situación es más compleja en caso de que dicha inmunidad afecte a una persona objeto de una orden europea de detención. En este caso el artículo 20 de la Decisión marco 2002/584/JAI²⁵³ obliga a las autoridades del Estado de ejecución de la orden a solicitar la eliminación de dicha inmunidad o privilegio y a garantizar que, mientras dicha eliminación no se produce, se toman todas las medidas necesarias para garantizar que la entrega sea posible eventualmente. Una divergencia similar puede encontrarse en relación al caso de la jurisdicción del Estado que ha de

²⁴⁹ Consejo de la Unión Europea, *Decisión marco 2003/577/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas*, DO L 196, de 2 de agosto de 2003, pág. 45–55.

²⁵⁰ Consejo de la Unión Europea, *Decisión Marco 2008/978/JAI, op.cit.* nota 133.

²⁵¹ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Directiva 2011/99/UE Del Parlamento Europeo Y Del Consejo, de 13 de Diciembre de 2011 Sobre La Orden Europea de Protección*, DO L 338, de 21 de Diciembre de 2011, Pág. 2-18.

²⁵² Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014 sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea*, DO L 127, de 29 de abril 2014, pág. 39-50.

²⁵³ Consejo de la Unión Europea, *Decisión Marco 2002/584/JAI, op.cit.* nota 137.

reconocer la orden extranjera para juzgar los mismos hechos que dan lugar a la decisión reconocible. Para que dicha jurisdicción pueda alegarse como motivo de rechazo de la entrega de un investigado requerido por una OEDE es necesario, a mayores, que los hechos hayan prescrito conforme a la legislación del Estado requerido. Esta misma disposición puede encontrarse en otros instrumentos como el exhorto de obtención de pruebas o la orden de vigilancia. Sin embargo, en el caso de la OEDE el reconocimiento puede rechazarse igualmente:

“7) cuando la orden de detención europea contemple infracciones que: a) el Derecho del Estado miembro de ejecución considere cometidas en su totalidad o en parte en el territorio del Estado miembro de ejecución o en un lugar asimilado al mismo; b) se hayan cometido fuera del territorio del Estado miembro emisor y el Derecho del Estado miembro de ejecución no permita la persecución por las mismas infracciones cuando se hayan cometido fuera de su territorio”.²⁵⁴

En definitiva el modelo europeo de cooperación judicial, en lo que se refiere al sector del reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado, tanto en el campo del derecho civil como en el campo del derecho penal, se caracteriza por una tensión constante entre los intentos del legislador europeo de simplificar y abaratar los procedimientos de ejecución transfronteriza y las reticencias de los expertos y operadores del derecho en un intento de asegurar la protección de los derechos individuales de las partes interesadas.²⁵⁵ La protección de estos derechos se argumenta en muchos casos como obstáculo al reconocimiento de decisiones extranjeras sancionadoras o desfavorables. El reconocimiento no se produce y por lo tanto, el sistema de cooperación judicial europeo no alcanza su mayor nivel de eficiencia. La idea de confianza en la que este sistema habría de basarse no parece materializarse en este tipo de situaciones. Una confianza que se ve igualmente mermada por las inconsistencias en cuanto a los motivos que pueden justificar una denegación del reconocimiento dependiendo del instrumento de que se trate. Al estudio de este concepto de confianza mutua y de su posición en el modelo de cooperación judicial se dedica el siguiente apartado de este capítulo.

²⁵⁴ *Ibid.*: artículo 4.7.

²⁵⁵ La protección de los derechos humanos en el modelo europeo de cooperación judicial se analizará detenidamente en un momento posterior, *vid. infra*, capítulo 3, apartado I.

II. El principio de confianza mutua y su posición en modelo europeo de cooperación judicial.

II.1. El concepto de confianza mutua en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea.

Si el principio de reconocimiento mutuo aparece continuamente identificado como la piedra angular del sistema europeo de cooperación judicial, la confianza recíproca entre los Estados miembros suele acompañar dichas referencias como la justificación del mismo. En el discurso de las instituciones europeas la existencia de una relación de confianza entre Estados es lo que justifica que la regla general tenga que ser la de, dentro de ese círculo de confianza, reconocer como válida cualquier decisión, administrativa en el mercado interior y judicial en la cooperación en materia de justicia, adoptada por una autoridad de otro Estado. Esta confianza no es planteada por la Unión Europea como una precondition del proceso de integración, ni tampoco como una consecuencia del mismo, sino como un elemento que ha de ser trabajado y reforzado desde el nivel europeo para garantizar la creación de un autentico espacio común de justicia. Sin embargo, su verificación se define como necesaria para que sea posible alcanzar los objetivos fijados en el espacio europeo de justicia a través de la implementación eficaz del principio de reconocimiento mutuo. La naturaleza jurídica y el papel de este concepto en el modelo europeo de cooperación judicial son objeto de estudio en los próximos apartados.

II.2. La naturaleza jurídica del concepto de confianza mutua en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea y en el modelo europeo de cooperación judicial.

II.2.1. La problemática de la naturaleza jurídica de la confianza mutua.

Si el reconocimiento mutuo ha sido usado por el legislador europeo y por la literatura de forma amplia y con significados ambiguos, la situación del concepto de confianza mutua es aún más compleja. Los textos normativos hablan de la confianza mutua como un valor deseable que ha de fomentarse y reforzarse en el seno del espacio europeo de justicia. Algunos autores han puesto de manifiesto como en el lenguaje de la Comisión la confianza mutua parece tratarse como la base, la precondition para que pueda

producirse el reconocimiento mutuo. Morgan,²⁵⁶ por ejemplo, fundamenta esta idea en la Comunicación 495 final de 2000 cuando dice que:

“El reconocimiento mutuo es un principio que se suele entender basado en la idea de que mientras un Estado puede no tratar cierta materia de igual o similar modo que otro Estado, los resultados serán tales que se aceptarán como equivalentes a las decisiones del propio Estado”.²⁵⁷

Esta idea sería para Morgan la confianza mutua, es decir, el entendimiento de que la aceptación de las decisiones extranjeras, su reconocimiento como si fuesen emanadas de las autoridades propias, se basa en la confianza sobre el hecho de que la manera en que el ordenamiento jurídico de los demás Estados regula una cuestión determinada puede ser diferente del modo en que esta se recoge en el ordenamiento propio, pero sin embargo, va a generar unos resultados que pueden ser aceptados como equivalentes. Es esta equivalencia de los resultados lo que justificaría, por lo tanto, la incorporación directa de los mismos al propio ordenamiento. Es en este sentido en el que, la confianza mutua, aparecería como el elemento que justifica el reconocimiento mutuo. Este mismo uso de la confianza mutua puede encontrarse en muchos otros textos, tanto políticos como legislativos, como es el caso de las recientes prioridades políticas expresadas por el Presidente de la Comisión, Jean-Claude Juncker, en su propuesta para una nueva agenda política de la Unión Europea. En ellas Juncker expone que es fundamental desarrollar un espacio de justicia basado en la confianza mutua en el que sea posible que los ciudadanos y las empresas puedan ejercer sus derechos a través del reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales.²⁵⁸ Esta misma idea es compartida por la Comisión Europea como puede verse en la Guía elaborada para los profesionales del derecho sobre cooperación judicial en materia civil. En la introducción a la misma se afirma que:

“The rules of judicial cooperation in civil matters are based on the presumption of the equal value, competence and standing of the legal and judicial systems of the individual Member States and of the judgments of their courts and so on the principle of mutual trust in each other’s courts and legal systems. The mutual

²⁵⁶ C. Morgan, “The Potential of Mutual Recognition as a Leading Policy Principle,” en *The Future of Police and Judicial Cooperation in the European Union*, ed. C. Fijnaut and J. Ouwerkerk (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2010), 231–39.

²⁵⁷ Comisión Europea, *COM(2000) 495 final, de 29 de julio de 2000, Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo – Reconocimiento mutuo de resoluciones firmes en materia penal*, 2000.

²⁵⁸ J-C. Juncker, «Un nuevo comienzo para Europa: mi Agenda en materia de empleo, crecimiento, equidad y cambio democrático. Orientaciones políticas para la próxima Comisión Europea» (Estrasburgo, 15 de julio de 2014).

recognition of the orders of courts of the Member States is at the centre of this principle”.²⁵⁹

A pesar de la importancia que las instituciones europeas otorgan a la confianza mutua como elemento clave para el desarrollo de un espacio de justicia en el que los ciudadanos europeos puedan ver garantizados sus derechos, no es muy amplia la doctrina que puede encontrarse en relación a este elemento. De hecho, Kramer²⁶⁰ pone de manifiesto como la academia ha puesto mucho más énfasis, aunque tampoco demasiado, al tratar la cuestión desde la perspectiva de la cooperación judicial en materia penal que desde la perspectiva civil. Sin embargo, desde el planteamiento que sitúa a la confianza recíproca como prerequisite para el funcionamiento del principio estructural de reconocimiento mutuo parece claro que esta ha de tener un papel fundamental en el conjunto de la construcción del modelo europeo de cooperación judicial, con independencia del sector del que se trate, y cuya categorización y análisis vaya más allá de una mera idea o precondition para el funcionamiento de todo el sistema. Un estudio completo del modelo europeo de confianza mutua hace inevitable plantearse la cuestión sobre cuál es la naturaleza jurídica de este elemento.

En este sentido, si en el caso del reconocimiento mutuo se veía como, con independencia de su categorización concreta la práctica totalidad de la doctrina, los textos legislativos y la jurisprudencia del TJUE compartían la identificación de este elemento como un principio jurídico, la situación es muy distinta en el caso de la confianza mutua. Al uso ambiguo y variable que los documentos políticos y los textos normativos hacen de este término se une, en primer lugar la consistencia del TJUE en referirse a la confianza mutua como principio, y en segundo lugar la negativa generalizada de la doctrina a aceptar esta calificación. El Tribunal de Justicia no parece tener dudas al respecto y, desde que esta calificación apareciese por primera vez en la sentencia en el asunto Turner²⁶¹ se ha referido en su jurisprudencia,²⁶² de manera

²⁵⁹ Comisión Europea, “Judicial Cooperation in Civil Matters in the European Union. A Guide for Legal Practitioners”, *op.cit.* nota 16.

²⁶⁰ X. Kramer, «Cross-border enforcement in the EU: mutual trust versus fair trial? Towards principles of European civil procedure», *International Journal of Procedural Law* 2 (2011): 202-30.

²⁶¹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 27 de abril de 2004, C-159/02, Asunto Turner, ECLI:EU:C:2004:228, 45.

²⁶² Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 10 de febrero de 2009, C-185/07, Asunto West Tankers, ECLI:EU:C:2009:69; *ibid.*, Sentencia de 15 de noviembre de 2012, C-456/11, Asunto Gothaer, ECLI:EU:C:2012:719; *ibid.* Sentencia de 26 de septiembre de 2013, C-157-12, Asunto Salzgitter, ECLI:EU:C:2013:597; *ibid.*, Sentencia de 19 de diciembre de 2013, C-452/12, Asunto Nipponkoa, ECLI:EU:C:2013:858; *ibid.*, Sentencia de 19 de noviembre de 2015, C-455/15 PPU, Asunto P,

constante, a la confianza entre los Estados miembros como un principio jurídico. Esta idea, sin embargo, no ha sido aceptada por la mayoría de la doctrina. Autores como Mitsilegas,²⁶³ Kramer²⁶⁴ o Fichera²⁶⁵ entre otros, analizan el concepto de confianza mutua y se aproximan a la definición de esta idea desde la perspectiva de que se trata de una precondition y a la vez el resultado de la aplicación del principio de reconocimiento mutuo como fundamento del modelo europeo de cooperación judicial. En cambio otros autores se limitan a recoger del Tribunal la noción de principio de confianza mutua y analizar su aplicación o impacto en distintos ámbitos como el arbitraje²⁶⁶ o el derecho de asilo.²⁶⁷ Sin embargo, al analizar qué es la confianza mutua o cuál es su papel en el desarrollo europeo del derecho procesal internacional, ninguno de estos autores se ha planteado si se trata verdaderamente de un principio jurídico, desde un punto de vista teórico y mas allá de su denominación como tal, sin una posterior labor de construcción jurídica, por parte del TJUE.

II.2.2. El encaje de la confianza mutua en la doctrina en materia de principios jurídicos.

Partiendo, al igual que en el caso del reconocimiento mutuo, de algunos de los trabajos más relevantes en materia de teoría de los principios jurídicos, es posible analizar si la confianza mutua, en el marco del ordenamiento jurídico de la Unión Europea puede encajarse en alguna de las configuraciones que estos proponen. Retomando la definición original aportada por Dworkin²⁶⁸ de los principios jurídicos como reglas que no requieren una aplicación taxativa, sino que, cuando confrontadas, adquieren para cada caso concreto un peso que determina la solución a dicho caso, puede verse como la confianza mutua encaja de forma clara y directa en este esquema. Un encaje que es fácilmente demostrable desde el propio nacimiento de este concepto en el contexto del desarrollo de la integración de mercados europea y la implementación

ECLI:EU:C:2015:763; *ibid.*, Sentencia de 9 de septiembre de 2015, C-4/14, Asunto Bohez, ECLI:EU:C:2015:563.

²⁶³ Valsamis Mitsilegas, «The Limits of Mutual Trust in Europe's Area of Freedom, Security and Justice: From Automatic Inter-State Cooperation to the Slow Emergence of the Individual», *Yearbook of European Law* 31, n.º 1 (2012): 319-72.

²⁶⁴ Kramer, «Cross-border enforcement in the EU: mutual trust versus fair trial? Towards principles of European civil procedure», *op.cit.* nota 227.

²⁶⁵ M. Fichera, «Mutual Trust in European Criminal Law», *University of Edinburgh School of Law Working papers* 2009/10 (2009): 1-25.

²⁶⁶ Z. Crespi Reghizzi, «"Mutual trust" and "Arbitration Exception" in the European Judicial Area: the WestTankers judgement of the ECJ», *Yearbook of Private International Law* 11 (2009): 427-541.

²⁶⁷ E. Brouwer, «Mutual Trust and the Dublin Regulation: Protection of Fundamental Rights in the EU and the Burden of Proof», *Utrecht Law Review* 9, n.º 1 (2013): 135-47.

²⁶⁸ Dworkin, *Los derechos en serio*, *op.cit.* nota 164; Dworkin, *Law's Empire*, *op.cit.* nota 164.

de la libre circulación de mercancías. Si se analiza la sentencia en el asunto Bauhuis²⁶⁹ desde la óptica de la teoría de Dworkin puede verse como el Tribunal presenta la confianza mutua como una regla que no invalida de forma taxativa la norma que permite la realización de controles a la entrada de los productos por parte del Estado receptor. Igualmente en los párrafos 23 y 24 de esta decisión la corte declara que existen mecanismos de armonización que se han puesto en práctica, en cuyo caso la ausencia de controles a la entrada no será innecesaria de acuerdo al principio de confianza mutua, sino porque los controles realizados a la salida de las mercancías son exactamente idénticos y responden a las mismas garantías sin que esto suponga, sin embargo, la invalidez de la confianza mutua.

Por lo que se refiere a la segunda de las características generales que Dworkin predica de los principios de derecho, el uso del sistema de pesos para los casos de confrontación entre dos principios, esto puede observarse para la confianza mutua cuando se analiza su relación con el principio de orden público, de relevancia capital en el marco de la cooperación judicial transnacional. En este sentido son muchos los casos²⁷⁰ en los que el juez nacional ha solicitado que se resolviese, por parte del TJUE, una potencial confrontación entre la confianza mutua que los Estados miembros han de prestar a las autoridades de otro Estado y el principio de protección de orden público propio. No interesa en este punto analizar cuál ha sido la interpretación concreta del Tribunal en cada uno de estos casos, sino observar la metodología empleada por este a la hora de valorar cual había de ser el resultado de dicha confrontación para poder, de esta forma, encajar o no la confianza mutua dentro del concepto dworkiano de principio jurídico. A estos efectos, por ejemplo, puede ser útil la argumentación presentada por el Tribunal en el Asunto Eurofood relativo al antiguo Reglamento 1346/2000 en materia de insolvencia.²⁷¹ En este caso el juez nacional plantea al TJUE si un Estado miembro está obligado, en el marco de dicho Reglamento, a reconocer una resolución judicial de otro Estado miembro por la que se abre un procedimiento de insolvencia, en aquellos casos en los que esto es contrario al propio orden público debido a que la decisión

²⁶⁹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto Bauhuis, *op.cit.* nota 177.

²⁷⁰ *Inter alia*, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 22 de diciembre de 2010, C-296/10, Asunto Aguirre Zarraga, ECLI:EU:C:2010:828; *ibid.*, Sentencia de 16 de julio de 2015, C-681/13, Asunto Diageo, *op.cit.* nota 167; *ibid.*, Sentencia de 1 de julio de 2010, C-211/10 PPU, Asunto Povse, ECLI:EU:C:2010:400; *ibid.*, Sentencia de 15 de julio de 2010, C-256/09, Asunto Purrucker, ECLI:EU:C:2010:43715/07/2010; *ibid.*, Sentencia de 2 de mayo de 2006, C-341/04, Asunto Eurofood, ECLI:EU:C:2006:281.

²⁷¹ Consejo de la Unión Europea, *Reglamento (CE) n° 1346/2000 Del Consejo de 29 de Mayo de 2000 Sobre Procedimientos de Insolvencia*, DO L 160, de 30 de Junio de 2000, pág. 1-18.

judicial afecta a personas cuyo derecho a un juicio justo y a ser oídos no ha sido respetada. En primer lugar el Tribunal inicia su argumento reconociendo en el párrafo 61 que,

“Aún cuando el vigesimosegundo considerando del Reglamento deduce del principio de confianza mutua que “los motivos de no reconocimiento deberían reducirse al mínimo necesario”, su artículo 26 dispone que un Estado miembro podrá negarse a reconocer un procedimiento de insolvencia abierto en otro Estado miembro, cuando dicho reconocimiento pueda producir efectos claramente contrarios al orden público de dicho Estado, en especial a sus principios fundamentales o a los derechos y a las libertades individuales garantizados por su Constitución”.²⁷²

Por lo tanto, el Tribunal sitúa la cuestión que se le plantea como una confrontación entre el principio de confianza mutua y el de protección del orden público nacional. Si se tratase de una norma la confianza mutua habría de ser interpretada de acuerdo con el principio de orden público, sin embargo el Tribunal, al tratar de dar una respuesta a la cuestión que se le plantea sitúa ambos conceptos jurídicos al mismo nivel. En el párrafo 63 el Tribunal retoma el argumento desarrollado en la sentencia Krombach,²⁷³ la idea del choque manifiesto e inaceptable de la decisión a reconocer con el ordenamiento del Estado reconociente. Es decir, la solución de los casos de confrontación entre estos dos principios ha de tener en cuenta en qué medida o dicho de otro modo, que peso ha de darse en cada situación determinada a cada uno de los principios, y sólo cuando la vulneración de uno de ellos sea intolerable se podrá rebajar la exigencia en la aplicación del otro. Desde esta perspectiva la confianza mutua podría por lo tanto considerarse de manera general subsumible, en su configuración en el ordenamiento europeo, dentro del concepto de principios elaborado por Dworkin.

Por lo que respecta a la idea del mandato de optimización, aportada por Alexy,²⁷⁴ afirmar que la confianza mutua es un principio implicaría que “son normas que ordenan que algo sea realizado en una medida lo mayor posible dentro del marco de las posibilidades fácticas y jurídicas”.²⁷⁵ Esta idea de aplicación de la confianza mutua en la medida de lo posible, de búsqueda del punto óptimo de aplicación de un principio está

²⁷² Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto Eurofood, *op.cit.* nota 270: párrafo 61.

²⁷³ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 28 de marzo de 2000, C-7/98, Asunto Krombach, ECLI:EU:C:2000:164.

²⁷⁴ Alexy, Teoría de la argumentación jurídica, *op.cit.* nota 165; *Ibid.*, «On the Structure of Legal Principles», *op.cit.* nota 165; *Ibid.*, «Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad», *op.cit.* nota 165; *Ibid.*, «Formal principles.», *op.cit.* nota 165.

²⁷⁵ Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, *op.cit.* nota 165: 185.

claramente admitida por las instituciones europeas que, en la mayoría de documentos políticos en materia de cooperación judicial, hacen referencia a la necesidad de aumentar, consolidar y reforzar el nivel de implementación de dicha confianza entre Estados, y cómo alcanzar este punto ideal sólo es posible si se tiene en cuenta que “Requisitos clave para la confianza mutua son la independencia, la calidad y la eficiencia de los sistemas judiciales y el respeto del Estado de Derecho”.²⁷⁶

Volviendo a la clasificación propuesta por Atienza y Ruiz Manero,²⁷⁷ vista con anterioridad en relación al principio de reconocimiento mutuo, la confianza mutua se caracterizaría por constituir una norma de carácter muy general – para algunos autores incluso fundamental para el sistema institucional y jurídico de la Unión²⁷⁸ –; redactada en términos vagos – siendo esta una de las características de la confianza mutua que genera mayores problemas a la hora de definir su naturaleza y contenido; especialmente importante – ya que en ella han hecho descansar el legislador y el TJUE el sistema de reconocimiento mutuo aplicable tanto al mercado interior como al espacio europeo de justicia-; y, por último, dirigida a los órganos de aplicación del derecho – la confianza no se requiere entre los ciudadanos europeos sino entre las autoridades de los Estados miembros. Desde esta perspectiva la confianza mutua parecería encajar en la definición de valor superior del ordenamiento jurídico, en este caso del europeo, ya que es “Reflejo de una determinada forma de vida”,²⁷⁹ la forma de vida política elegida por los Estados miembros y reflejada en la cesión de soberanía de estos a la Unión Europea. La confianza mutua se correspondería por lo tanto, desde este punto de vista, con un principio europeo en sentido estricto.

II.2.3. El encaje de la confianza mutua en la teoría de los principios del derecho de la Unión Europea.

La posición de la confianza mutua en el marco teórico de los principios generales del derecho en su formulación en el campo del derecho de la Unión Europea resulta todavía más compleja que en el caso del principio de reconocimiento mutuo. Retomando la definición de los mismos planteada por Tridimas,²⁸⁰ es posible observar como la

²⁷⁶ Comisión Europea, *COM(2014) 144 final, de 11 de marzo de 2014, La agenda de justicia de la UE para 2020 – Reforzar la confianza, la movilidad y el crecimiento en la Unión.*

²⁷⁷ Atienza y Ruiz Manero, «Sobre principios y reglas», *op.cit.* nota 178.

²⁷⁸ P. Cràmer, «Reflections on the roles of mutual trust in EU law», en *50 years of the European Treaties. Looking back and thinking forward*, ed. M. Dougan y S. Currie (Oxford: Hart Publishing, 2009), 43-61.

²⁷⁹ Atienza y Ruiz Manero, «Sobre principios y reglas», *op.cit.* nota 178: 104.

²⁸⁰ Tridimas, *The General principles of EC law*, *op.cit.* nota 166.

confianza mutua no cumpliría de manera directa ninguna de las tres características de los principios. En primer lugar, aunque sí se trata de un elemento de derecho público, no hace referencia a las relaciones entre los individuos y las autoridades públicas, ni nacionales ni comunitarias, sino que hace referencia directa a las relaciones que han de establecerse entre autoridades de los distintos Estados miembros. En segundo lugar, tampoco parece que la confianza mutua haya sido extraída por el TJUE de los ordenamientos nacionales y adaptada a las necesidades y características del ordenamiento supranacional de la Unión Europea. A nivel nacional los sistemas de justicia, en lo que se refiere a las relaciones entre autoridades judiciales internas, no precisan incorporar un principio equivalente al de confianza mutua para asegurar el buen funcionamiento de la justicia en aquellos casos que requieren de la colaboración entre diferentes autoridades, y ello fundamentalmente por dos motivos: i) dichas autoridades se encuentran sometidas al mismo ordenamiento jurídico, tanto material como procesal; y ii) los mecanismos de control de la aplicación del ordenamiento jurídico por parte de dichas autoridades son comunes a todas ellas. Una residual relación con los ordenamientos nacionales podría verse en el sentido de que, en cierto modo, el reconocimiento mutuo puede interpretarse, aunque sin negar que de manera forzada, como una adaptación del principio de reciprocidad²⁸¹ a las “características y necesidades especiales” del ordenamiento europeo de las que habla Tridimas. En este sentido la generalización del principio de confianza mutua supone de alguna manera la presunción de que, en el caso de las relaciones entre Estados miembros, dicha reciprocidad se da por existente. De este modo la “confianza mutua” podría considerarse como una adaptación al ordenamiento europeo de la “cortesía recíproca” que había caracterizado el sistema internacional de cooperación. De algún modo el principio de confianza mutua puede verse también como un mecanismo con el que se pretende “forzar” que las autoridades de un Estado actúen como si las de otros Estados europeos estuviesen integradas en su propio sistema jurídico.

Por último Tridimas considera que los principios generales del derecho son preexistentes a la ley y esta hace referencia a ellos solo como positivización de los mismos. Aunque sí es cierto que de alguna manera la confianza mutua entre Estados miembros es presupuesta y presentada como precondition para el funcionamiento del principio de reconocimiento mutuo también es importante observar que, para las instituciones de la

²⁸¹ Cràmer, «Reflections on the roles of mutual trust in EU law», *op.cit.* nota 278: 53.

Unión Europea, las referencias positivas a la misma no parecen ser expresión de una idea preexistente, sino creación propia. En este sentido puede verse como, a pesar de que la confianza mutua aparece categorizada como elemento clave desde el principio del desarrollo del ámbito europeo de justicia, la Agenda de Justicia de la Unión Europea para 2020 considera que “Aunque la UE ha sentado las bases para el fomento de la confianza mutua, esta debe reforzarse”.²⁸² La confianza mutua es, por lo tanto, una creación propia de la UE que se ha encargado de fomentarla y reforzarla y no un principio preexistente que los Tratados hayan recogido de forma expresa. Así, puede concluirse que la confianza mutua no obtendría para Tridimas la consideración de principio general del derecho del ordenamiento de la Unión Europea.

El intento de encajar la confianza mutua en las clasificaciones de principios generales del derecho analizadas con anterioridad en este mismo capítulo, tales como las aportadas por Verhoeven²⁸³ o Papadopoulou,²⁸⁴ arroja un resultado diferente y de mayor complejidad. Un análisis inicial parecería llevar hacia la consideración de la confianza mutua, al igual que ocurría en el caso del principio de reconocimiento mutuo, como un principio estructural del derecho de la Unión Europea. Es decir un principio que se deriva de la propia naturaleza y de las características específicas del ordenamiento jurídico del que emana, un instrumento al que, en definitiva, se hace recurso con el fin de garantizar el buen funcionamiento de dicho sistema. Efectivamente en una primera aproximación la confianza mutua encajaría a la perfección en esta definición. Es un concepto que, como se explicaba en el párrafo anterior, no resulta necesario en sistemas nacionales sino que aparece como consecuencia directa de la existencia de una organización supranacional y de la búsqueda de la eficacia del objetivo de crear un espacio común, bien sea a nivel de mercado, bien a nivel de ejercicio de los derechos por parte de los ciudadanos. Es por lo tanto un principio al que se hace referencia cuando las instituciones propias del ordenamiento jurídico al que pertenece, en este caso el de la Unión Europea, se encuentran con la necesidad de garantizar el funcionamiento correcto de dicho ordenamiento. Una idea que puede verse en el uso de este principio de confianza mutua como punto de partida de textos legislativos como la Decisión marco que crea el exhorto europeo de obtención de

²⁸² Comisión Europea, *COM(2014) 144 Final*, *op.cit.* nota 276.

²⁸³ Verhoeven, *Droit International Public*, *op.cit.* nota 283.

²⁸⁴ Papadopoulou, *Principes Gènèraux du Droit et Droit Communautaire*, *op.cit.* nota 193.

pruebas en materia penal²⁸⁵ o, en el caso de la cooperación en el ámbito civil y mercantil, el título ejecutivo europeo.²⁸⁶

A pesar de que la confianza recíproca puede por tanto configurarse como un principio estructural del derecho de la Unión en materia de integración de mercados o en relación al espacio europeo de justicia, algunos autores consideran que la tiene un papel mucho más amplio y profundo en el contexto de la Unión Europea, un papel que se aproximaría más al concepto de principio axiológico que al de principio o regla estructural en la definición de Papadopoulou. Para esta autora los principios axiológicos son aquellos que tienen un carácter tan fundamental que el juez no necesita vincularlos a un origen específico cada vez que los emplea.²⁸⁷ Ejemplos de este tipo de principios serían la seguridad jurídica o el respeto de los derechos de defensa. En esta línea de situar la confianza mutua como un principio axiológico del ordenamiento jurídico esta se presentaría como un elemento dotado de un carácter semi-constitucional. Así lo argumenta Cràmer²⁸⁸ para quien la confianza no es simplemente una base para el funcionamiento del principio de reconocimiento mutuo, sino que tiene distintos roles en el contexto del ordenamiento jurídico europeo, entre ellos se situarían la confianza constitucional entre Estados miembros y la confianza constitucional entre los Estados miembros y las instituciones comunes, principios esenciales tanto para el derecho europeo como para la propia Unión Europea. Estos principios se derivarían a su vez de la retención de soberanía de modo que:

“The Member States’ retention of constitutional sovereignty may be seen as a fundamental principle for the structure of the European Union. From this principle follows a duty of mutual constitutional respect between the Member States and the Common institutions as well as between the Member States themselves”.²⁸⁹

La idea detrás de esta afirmación del valor constitucional de la confianza entre Estados miembros es la de que la existencia, entre estos, de confianza en que todos comparten una serie de valores, democráticos y de protección de los derechos fundamentales, es la idea que sostiene todo el sistema institucional y jurídico de la Unión Europea. Para Cràmer un ejemplo de ello es la aplicación de la votación por mayoría cualificada y no por unanimidad en el Consejo, o la aceptación por parte de los

²⁸⁵ Consejo de la Unión Europea, Decisión Marco 2008/978/JAI, *op.cit.* nota 133: considerando 8.

²⁸⁶ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Reglamento (CE) n° 805/2004*, *op.cit.* nota 103, párrafo 18.

²⁸⁷ Papadopoulou, *Principes Gènèraux du Droit et Droit Communautaire*, *op.cit.* nota 193: 8.

²⁸⁸ Cràmer, «Reflections on the roles of mutual trust in EU law.», *op.cit.* nota 278.

²⁸⁹ *Ibid.*: 44.

Estados de la supremacía de la ley europea en el ordenamiento jurídico nacional, ninguna de estas cuestiones sería posible sin ese binomio respecto-confianza en la relaciones entre los distintos Estados.

II.2.4. La confianza mutua como principio constitucional de derecho de la Unión Europea.

La idea de que existen verdaderos principios constitucionales en la Unión Europea, más allá del carácter axiológico, estructural o común de los mismos, ha sido desarrollada de manera más sistemática por un sector de la doctrina²⁹⁰ en el marco de una línea teórica que afirma la existencia de una verdadera dimensión constitucional del derecho europeo.²⁹¹ Se puede tomar como punto de partida en esta línea de análisis jurídico la idea de Schiemann²⁹² de que, el haber enfrentado problemas comunes a lo largo de la historia ha llevado a los países que forman parte de la Unión Europea a desarrollar soluciones comunes que han dado lugar en la actualidad, a la existencia de una serie de valores y principios jurídicos comunes a los que algunos autores van a denominar constitucionales. La teoría que defiende el valor constitucional de ciertos principios en el ordenamiento europeo tiene su punto de partida en la positivización de los denominados *founding principles*, o principios fundamentales en el lenguaje jurídico español, en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea en su versión posterior al Tratado de Ámsterdam de 1997. En el primer capítulo de *Principles of European Constitutional Law*²⁹³ Von Bogdandy elabora una teoría detallada en torno a este concepto partiendo de la idea de que el uso de la palabra principio en los Tratados es poco claro, no representa a una categoría jurídica de elementos a los cuales se le atribuya el mismo valor, posición en el ordenamiento o consecuencias jurídicas. De la intersección de estos dos elementos, la positivización de algunos principios como

²⁹⁰ En esta línea pueden verse S. Douglas-Scott, “The Charter of Fundamental Rights as a Constitutional Document,” *European Human Rights Law Review* 1 (2004): 37–50; Cràmer, “Reflections on the Roles of Mutual Trust in EU Law”, *op.cit.* nota 278; Von Bogdandy, “Founding Principles of EU Law”, *op.cit.* nota 166; A. Von Bogdandy y J. Bast, *Principles of European Constitutional Law*, 2nd ed. (Oxford: Hart Publishing, 2011).

²⁹¹ *Inter alia*, S. Douglas-Scott, *Constitutional Law of the European Union* (Harlow, Reino Unido: Longman’s, 2002); E.O. Eriksen, J.E. Fossum, y A. Menéndez, eds., *Developing a Constitution for Europe* (Londres: Routledge, 2004); D. Schiek, U. Liebert, y H. Schneider, eds., *European Economic and Social Constitutionalism after the Treaty of Lisbon* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012); A. Rosas y L. Armati, *EU Constitutional Law*, 2.a ed. (Oxford: Hart Publishing, 2012); K. Tuori, *European Constitutionalism*, Cambridge Studies in European Law and Policy (Cambridge: Cambridge University Press, 2015).

²⁹² Schiemann, «Europe--Our Common Legal Principles.», *op.cit.* nota 166.

²⁹³ A. Von Bogdandy, “Founding Principles,” en *Principles of European Constitutional Law*, ed. A. Von Bogdandy y J. Bast, 2nd ed. (Oxford: Hart Publishing, 2011).

fundamentales en el artículo 6 del Tratado y la falta de coherencia en el uso de dicho concepto, este autor obtiene la justificación para elaborar su propio listado de principios fundamentales. A los recogidos en dicho artículo – libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y el Estado de Derecho – añade “other principles located in Title I EU regarding the allocation of competences, loyal cooperation and structural compatibility”.²⁹⁴ La justificación de la naturaleza constitucional se derivaría del hecho de que estos principios, elegidos por la Unión Europea para regir el ordenamiento jurídico común, son los principios característicos del constitucionalismo liberal-democrático y aparecen, en su mayoría, en los textos constitucionales de los Estados miembros. Esta opinión se ve reforzada por la decisión del TJUE en el Asunto Kadi²⁹⁵ en el que por primera vez el órgano jurisdiccional se refiere a los principios contenidos en el Tratado CE como principios constitucionales. Von Bogdandy añade a la lista además los valores a los que hace referencia el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea²⁹⁶ en su versión actual y que considera, constituyen principios constitucionales puesto que de ellos se derivan consecuencias jurídicas y no meras indicaciones éticas.

En este contexto es importante tener en cuenta que la confianza mutua como tal no aparece, de manera directa, en los Tratados, ni como principio ni a través de otro tipo de referencias.²⁹⁷ Desde esta perspectiva, por lo tanto, para los teóricos de los principios constitucionales europeos la confianza entre los Estados miembros, al no formar parte del derecho primario no tendría dicha categoría. Sin embargo, el propio Von Bogdandy admite que es posible derivar, de los principios fundamentales con carácter constitucional recogidos en los Tratados, otros principios de carácter derivado.²⁹⁸ Aunque es cierto que su referencia se limita a la identificación como fundamentales de otros principios, siempre contenidos en el derecho primario, puesto que a este se refiere como derecho constitucional en el marco de la Unión Europea. Dentro del contexto de esta perspectiva constitucional de los principios fundamentales del derecho de la Unión Europea es posible plantearse si el TJUE podría, en el ejercicio de sus competencias de

²⁹⁴ *Ibid.*: 22.

²⁹⁵ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 18 de julio de 2013, C-584/10 P; Asunto Kadi, ECLI:EU:C:2013:518.

²⁹⁶ Unión Europea, *Tratado de la Unión Europea*, *op.cit.* nota 15: artículo 2.

²⁹⁷ En el se incorporaba, por primera vez, una referencia explícita a la confianza mutua en el artículo I-42. Tras el fracaso de este nuevo Tratado esta opción no se mantuvo en los posteriores trabajos de desarrollo del derecho primario de la Unión.

²⁹⁸ Von Bogdandy, «Founding principles», *op.cit.* nota 293: 22.

interpretación del derecho primario proceder a la creación de nuevos principios, y de ser así, si estos tendrían el carácter de principios fundamentales o constitucionales.

El papel del TJUE como corte constitucional es ampliamente aceptado por la doctrina, especialmente como consecuencia de sus importantes sentencias en materia de protección de los derechos fundamentales.²⁹⁹ Pero en este punto interesa determinar si dentro de este papel de garante constitucional se encuentra también el de creación de normas, y en concreto el de creación de principios jurídicos, una labor que iría mas allá de la mera interpretación de los Tratados para asegurar su cumplimiento. La realidad es que el TJUE siempre ha actuado como un poder pseudo-legislativo en la Unión Europea, aprovechando sus sentencias para ampliar, en muchos casos, lo establecido por los Tratados, convirtiéndose en la fuerza de la integración, superando en muchos casos las limitaciones a las que se enfrentaban las instituciones políticas como la Comisión o el Consejo, a los que corresponde directamente la iniciativa legislativa, o el Parlamento, órgano legislativo.³⁰⁰ Esta labor legislativa puede verse con claridad en el caso de los principios de efecto directo y primacía, ambos creados por el Tribunal. Este proceso de creación de principios se caracteriza por partir de disposiciones concretas extraídas de los Tratados para proceder a generar normas generales necesarias para garantizar la eficacia del propio ordenamiento jurídico de la Unión.³⁰¹ La creación del principio de confianza mutua por parte del Tribunal respondería a esta misma necesidad de garantizar que el ordenamiento jurídico funciona de forma correcta para poder alcanzar

²⁹⁹ Sobre el rol del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su potencial valor constitucional *cf. inter alia*, G.F. Mancini, «The making of a constitution for Europe», *Common Market Law review* 26, n.º 4 (1989): 595-614; G. de Búrca y J.H.H. Weiler, *The European Court of Justice*, vol. X/1, The Collected Courses of the Academy of European Law (Oxford: Oxford University Press, 2001); B. Vesterdof, «A Constitutional Court for the EU?», *International Journal of Constitutional Law* 4, n.º 4 (2006): 607-17; M. Rosenfeld, «Comparing Constitutional review by the European Court of Justice and the U.S. Supreme Court», *International Journal of Constitutional Law* 4, n.º 4 (2006): 618-51; J.M. de Waele, «The role of the European Court of Justice in the Integration Process: A contemporary and normative assessment», *Hanse Law Review* 6, n.º 1 (2010): 3-26; G. de Búrca, «After the EU Charter of fundamental rights: the Court of Justice as a Human Rights Adjudicator», *Maastrich Journal* 20, n.º 2 (2013): 168-84.

³⁰⁰ R. Dehousse, *The European Court of Justice. The politics of judicial integration* (Londres: Macmillan Press, 1998), 71-96.

³⁰¹ En relación a las funciones de los principios de efecto directo y primacía *vid. inter alia*, para el principio de efecto directo: Geoffrey Garrett, «The Politics of Legal Integration in the European Union», *International Organization* 49, n.º 01 (diciembre de 1995): 171; C. Knill y D. Lehmkuhl, «The national impact of European Union regulatory policy: Three Europeanization mechanisms», *European Journal of Political Research* 41, n.º 2 (2002): 225-80; C. Barnard, *The Fundamentals of EU Law Revisited Assessing the Impact of the Constitutional Debate* (Oxford: Oxford University Press, 2007). En relación a los efectos del principio de supremacía: M.J. Lunas Díaz, «El principio de primacía comunitario y el derecho Internacional Privado», *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 2, n.º 4 (1998): 473-500; K. Lenaerts, «Interlocking Legal Orders in the European Union and Comparative Law», *International & Comparative Law Quarterly* 52, n.º 04 (2003); A. Aguilar Calahorra y M. Azpitarte Sánchez, *La dimensión constitucional del principio de primacía* (Cizur Menor, Navarra: Aranzadi, 2015).

los objetivos establecidos en el Tratado, en este caso la integración de mercados, en un primer momento, y la creación de un verdadero espacio común de justicia. Si se retoma la teoría constitucionalista de los principios se puede argumentar que principios fundamentales no deberían ser sólo aquellos específicamente contenidos en el derecho primario. Al igual que Von Bogdandy sostiene que existen principios fundamentales fuera de los que aparecen reflejados en el antiguo artículo 6 del Tratado, actual artículo 2 del TUE,³⁰² las características particulares del sistema político institucional, y del ordenamiento jurídico de la Unión, ponen al Tribunal en la posición de crear nuevos principios de carácter fundamental, que en muchas ocasiones se ha ido incorporando con posterioridad al texto de los Tratados.³⁰³ Si se sigue la teoría defendida por este autor, según la cual los principios derivados han de poder encajarse en algunos de los principios de derecho primario, la confianza mutua entre los Estados miembros puede considerarse como una manifestación del principio de cooperación leal que él mismo identifica como *founding principle*.³⁰⁴

Una vez concluido el análisis del encaje de la confianza mutua en el concepto de principio jurídico, tanto a nivel general como a nivel de derecho europeo, es posible preguntarse por qué, a pesar de que los resultados no difieren en gran medida de los obtenidos en el caso del principio de reconocimiento mutuo, existen reticencias entre la doctrina a aceptar que se trata de un auténtico principio jurídico. A mayores, la confianza mutua responde al concepto de principio axiológico, de valor general del ordenamiento jurídico, frente al carácter pragmático o de directriz del reconocimiento mutuo, y su proyección a la regulación de determinados sectores implica consecuencias distintas, respecto de la mera aplicación de la regla de reconocimiento mutuo, especialmente en lo que se refiere a la exigencia o no de la armonización previa, como se verá en un momento posterior en este mismo trabajo.³⁰⁵ Una posible explicación a estas reticencias, por parte de la doctrina puede encontrarse en la falta de desarrollo del concepto por parte de las instituciones europeas, y la ambigüedad del mismo. No sólo el concepto ha sido mucho menos detallado que en el caso del reconocimiento mutuo sino que además su aparición es mucho menos constante en los textos políticos y legislativos en materia de cooperación judicial, y el lenguaje empleado tiene un carácter menos

³⁰² Von Bogdandy, «Founding principles», *op.cit.* nota 293: 22.

³⁰³ Este es el caso del principio de efecto directo que aparece recogido actualmente en el artículo 288 del TFUE, y del principio de primacía enmarcado en la Declaración 17 al TUE y al TFUE.

³⁰⁴ Von Bogdandy, «Founding principles», *op.cit.* nota 293: 42.

³⁰⁵ En relación a las relaciones entre confianza mutua, reconocimiento mutuo y armonización *vid. infra*, capítulo 3, apartado I.2.

claro en cuanto al convencimiento, por parte de las propias instituciones de que se trate de un principio. El desarrollo concreto de este concepto en el campo de la cooperación judicial entre autoridades de los Estados miembros, y las dificultades asociadas a la identificación del contenido del mismo serán objeto de análisis en los próximos epígrafes de este trabajo.

II.3. El desarrollo del concepto de confianza mutua en el proceso de integración europea.

El concepto de confianza mutua no aparece recogido en los Tratados. Ni el TUE ni el TFUE hacen referencia alguna a esta idea como elemento del espacio europeo de justicia que, sin embargo podemos encontrar en muchos de los documentos políticos clave para el desarrollo del mismo. Si se toman como referencia las Conclusiones del Consejo de Bruselas de 2004 puede verse como “El Consejo Europeo considera que el proyecto común de la consolidación del área de libertad, seguridad y justicia es fundamental a la hora de asegurar unas comunidades seguras, la confianza mutua y el Estado de Derecho en toda la Unión”.³⁰⁶ Al igual que se afirma que “La cooperación judicial tanto en materia penal como civil podría verse potenciada mediante la consolidación de la confianza mutua”.³⁰⁷ Sin embargo, y al igual que ocurre con el principio de reconocimiento mutuo, la idea de “confianza” como base para la colaboración entre Estados miembros, como elemento clave en el proceso de integración, no tiene su origen en el ámbito de la cooperación judicial sino que procede del sector del mercado único.

Si la labor del Tribunal de Justicia fue relevante en el caso del principio de reconocimiento mutuo, su papel es aún más crucial en el caso de la confianza. Esta idea aparece por primera vez en la jurisprudencia del órgano europeo en el Asunto Bauhuis, ya citado anteriormente por su relación con el principio de reconocimiento mutuo en este ámbito del mercado interior, y que habla de “la confianza recíproca que deben tener los Estados miembros en los controles efectuados por los organismos competentes de los otros Estados miembros”.³⁰⁸ Puede verse, por lo tanto, como la idea de confianza entre los Estados miembros surge, en la jurisprudencia del Tribunal, ligada a las medidas de integración de mercados y a la eliminación de la duplicidad de controles. El

³⁰⁶ Consejo de la Unión Europea, *Conclusiones de la presidencia. Consejo Europeo de Bruselas, 4 y 5 de noviembre, 2004*, 13.

³⁰⁷ *Ibid.*: 36.

³⁰⁸ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto Bauhuis, *op.cit.* nota 177: párrafo 38.

traslado de esta idea de confianza entre Estados miembros, como base para reconocer las decisiones tomadas por las autoridades de otro Estado, al ámbito de la justicia podemos encontrarlo expuesto de manera clara en las palabras de Dámaso Ruiz-Jarabo en las Conclusiones que presentó en los Asuntos acumulados Gözütok y Brügge cuando afirmaba que se trata de “un elemento imprescindible en el proceso evolutivo en el que se encuentra inmersa la Unión Europea: confianza en la adecuación de las normas de los socios y en que dichas normas se aplican correctamente”³⁰⁹ y que el objetivo es que,

“los principios de igualdad y de confianza mutua guíen la aplicación del *ius puniendi* por los socios, para preservar el orden social europeo, garantizando los derechos fundamentales y las libertades públicas sobre los que se fundan los sistemas jurídicos de la Unión y de los Estados que la integran, entre los que se encuentra el principio *ne bis in idem*”.³¹⁰

En las primeras sentencias en las que el TJUE hace referencia explícita a la confianza entre Estados miembros, ésta no aparece todavía identificada como un principio. Habría que esperar hasta el año 2004 con la decisión del Asunto Turner,³¹¹ ya en el marco de la aplicación de este concepto a las cuestiones relativas a la cooperación entre Estados en el espacio europeo de justicia, para que el tribunal identificase de manera clara y directa el principio de confianza mutua como un principio jurídico clave para el desarrollo del mismo. Ahora bien tanto Turner como, en general estas primeras sentencias que hablan ya de la confianza mutua en el ámbito de la justicia, se refieren a instrumentos internacionales clásicos adoptados por los miembros de la Unión Europea al margen del edificio institucional de esta, tales como el Convenio de Bruselas o el Acuerdo de Schengen.³¹² A partir de este momento la mayor parte de las referencias que pueden encontrarse en la jurisprudencia del tribunal a la confianza mutua en el espacio de libertad, seguridad y justicia van a mantener esta referencia a la confianza como

³⁰⁹ D. Ruiz-Jarabo, «Conclusiones del Abogado General Sr. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer presentadas el 19 de septiembre de 2002(1) Asunto C-187/01 Proceso Penal contra Hüseyin Gözütok y asunto C-385/01 Klaus Brügge», 2002: párrafo 124.

³¹⁰ *Ibid.*: párrafo 133.

³¹¹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto Turner, *op.cit.* nota 261: párrafos 25 y 28.

³¹² Sentencia de 9 de diciembre de 2003, C-116/02, Asunto Gasser, ECLI:EU:C:2003:657; *ibid.*, Asunto Turner, *op.cit.* nota 261.

principio³¹³ aunque, en ocasiones, el Tribunal vuelve a hablar de manera genérica de la confianza recíproca que existe entre los Estados.³¹⁴

El concepto de confianza recíproca entre Estados se convirtió en un elemento clave a la hora de justificar la mayor parte de las decisiones tomadas en relación al avance de la integración en las cuestiones relativas a la justicia en general, y a la cooperación judicial en particular. Esta centralidad puede verse, en relación a la justicia en materia penal, en el Programa de medidas para la implementación del principio de reconocimiento mutuo en el ámbito penal. En él se indica que “La aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal supone una confianza recíproca de los Estados miembros en sus respectivos sistemas de justicia penal”.³¹⁵ Esta idea de confianza aparece constantemente y con independencia de los temas concretos de que se trate. Así, si en el documento anterior se veía su aplicación al reconocimiento de decisiones judiciales, en la Comunicación 274 de 2011³¹⁶ puede verse como la Comisión considera que la confianza mutua no puede alcanzarse sin asegurar un nivel mínimo de protección de los derechos de las víctimas en toda Europa. Esta importancia de la confianza recíproca para el desarrollo de un espacio de justicia penal común a todos los Estados miembros se trasladó a la fundamentación de la necesidad de adoptar instrumentos concretos en dicha materia. Esta tendencia se ha mantenido desde la famosa Decisión marco que creó la OEDE³¹⁷ hasta las recientes directivas en materia de presunción de inocencia y derecho a ser oído, o la orden europea de investigación.³¹⁸ Sin embargo, el papel que el legislador otorga a la confianza recíproca es diferente en los distintos instrumentos, así, en los ejemplos nombrados anteriormente es posible observar cómo, si la OEDE y la Orden Europea de investigación se presentan como manifestaciones de esta confianza y, en general, del espacio de justicia; la creación de estándares mínimos en materia de protección del principio de presunción de inocencia y la existencia de normas comunes respecto del derecho de los individuos a ser oídos, y

³¹³ Consultar como ejemplos: Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto Eurofood, *op.cit.* nota 270; *ibid.*, Sentencia de 18 de julio de 2007, C-288/05, Asunto Kretzinger, ECLI:EU:C:2007:441; *ibid.*, Sentencia de 13 de mayo de 2015, C-536/13, Asunto Gazprom, ECLI:EU:C:2014:316.

³¹⁴ Es el caso de Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 28 de abril de 2009, C-420/07, Asunto Apostolides, ECLI:EU:C:2009:271; *ibid.*, Sentencia de 24 de mayo de 2016, C-108/16 PPU, Asunto Dworzecki, ECLI:EU:C:2016:346.

³¹⁵ Unión Europea, *Programa de medidas destinado a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal*, DO C 12, de 15 de enero de 2001, pág. 10-22, 10.

³¹⁶ Comisión Europea, *COM(2011) 274 Final, de 18 de Mayo de 2011, Refuerzo de Los Derechos de Las Víctimas En La UE*, 2011.

³¹⁷ Consejo de la Unión Europea, Decisión Marco 2002/584/JAI, *op.cit.* nota 137.

³¹⁸ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Directiva (UE) 2016/343/UE*, *op.cit.* nota 149.

las consecuencias de la ausencia de estos ante el Tribunal, son consideradas por el legislador como un mecanismo para reforzar la confianza mutua.³¹⁹

El desarrollo de este concepto en relación al campo del derecho civil y mercantil ha sido distinto. En concreto, la confianza entre los Estados miembros es nombrada como elemento clave en documentos políticos, mientras que resulta sorprendente la ausencia de referencias a esta en los textos legislativos, a excepción del Reglamento Bruselas Ibis, en el que por primera vez se especifica que “La confianza recíproca en la administración de justicia dentro de la Unión justifica el principio de que las resoluciones judiciales dictadas en un Estado miembro sean reconocidas en todos los Estados miembros sin necesidad de procedimiento especial alguno”.³²⁰ Sorprende esta falta de referencias puesto que, desde el punto de vista de los documentos de carácter político, la situación es mucho más similar a la evolución y desarrollo del concepto en el ámbito penal. Si se parte, por ejemplo del Programa de Estocolmo,³²¹ en su punto 1.2.1. se afirma que la confianza mutua es la base de toda cooperación posible en materia de justicia y esta afirmación se hace de manera general, no restringida al ámbito de la justicia penal. Es cierto que el punto 2.4 hace especial mención a la necesidad de proteger los derechos de las personas en los procesos penales como *conditio sine qua non* para que esa confianza pueda existir y mantenerse, pero todas las demás referencias, a lo largo del texto del programa, a la confianza entre Estados son de carácter general.

La confianza mutua, por lo tanto, ha sido elegida por las instituciones europeas como elemento central del sistema de cooperación judicial, aunque con distintos niveles de implementación en los textos legislativos en función de la materia que estos traten. Esta elección ha tenido una consecuencia general para la totalidad del modelo europeo: la imposibilidad, para el juez, de valorar en qué medida y de acuerdo con qué medios, se va a dar seguimiento a la solicitud de auxilio judicial, emitida por una autoridad judicial de otro Estado, en este caso, miembro de la Unión. A mayores, como se ha visto anteriormente en relación a la desaparición progresiva del procedimiento de exequátur, el juez nacional ha perdido en gran medida su capacidad de revisión del acto extranjero, tanto a nivel formal como material. Y todo ello porque el papel de esta autoridad judicial nacional en el ámbito de la cooperación internacional es distinto en el modelo

³¹⁹ *Ibid.*: considerando 10.

³²⁰ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Reglamento (UE) n° 1215/2012, op.cit.* nota 208: considerando 26.

³²¹ Consejo Europeo, *Programa de Estocolmo, op.cit.* nota 68.

europeo, precisamente como consecuencia del principio de confianza mutua. Es decir, en el sistema tradicional el juez, ante una solicitud de asistencia, tenía la responsabilidad de proteger el propio ordenamiento jurídico y garantizar la eficacia de la tutela judicial en el mismo. En este paradigma se integra por ejemplo la posibilidad de rechazar la realización de actos de cooperación que generen un efecto contrario al propio orden público, o la posibilidad de revisar la competencia del tribunal de origen para juzgar los hechos que dan lugar a la solicitud. También puede enmarcarse en esta función de garante el principio de reciprocidad. La aceptación de la realización del auxilio como consecuencia de la aplicación de este principio responde a la necesidad de asegurar la obtención de la misma asistencia, en caso de que esta sea necesaria, para garantizar la buena administración de justicia dentro del ordenamiento nacional propio.

El papel del juez nacional es distinto en el caso del modelo europeo de cooperación judicial. La confianza entre autoridades y la obligación de cooperación leal le convierten, junto con la autoridad del otro Estado miembro, en co-garante de la tutela judicial europea. Es responsable, en definitiva, de garantizar que los ciudadanos europeos no encuentran obstáculos en el ejercicio de sus derechos en la totalidad del territorio de la Unión Europea. A este nuevo paradigma responde la obligación de dar respuesta a las exigencias de cooperación en plazos rápidos presente en la mayor parte de instrumentos en la materia,³²² o la limitación de los de criterios que permiten el rechazo del reconocimiento de una decisión.

II.4. La justificación y el objeto del principio de confianza mutua en el modelo europeo de cooperación judicial.

Mayor que la dificultad para determinar cuál es la naturaleza jurídica del concepto de confianza mutua en el ordenamiento de la Unión Europea es definir con exactitud cuál es el contenido del mismo. Si se observa la perspectiva adoptada por las instituciones políticas, el legislador y el tribunal europeo, explicadas con anterioridad, resulta evidente que esta se refiere a la confianza que los Estados miembros han de profesar recíprocamente respecto de dos elementos: el ordenamiento jurídico y la aplicación del mismo por parte de los jueces y autoridades judiciales competentes. El principio de

³²² Así se dispone, por ejemplo, en el artículo 10.1 del Reglamento en materia de obtención de pruebas en materia civil (*op.cit.* nota 64) que da a la autoridad requerida un plazo máximo de 90 días para ejecutar la solicitud. En el caso del exhorto europeo de prueba en materia penal, y de acuerdo con el artículo 15.3 de la Decisión marco (*op.cit.* nota 133), la autoridad que reciba una solicitud habrá de actuar, con carácter general, en un plazo de 60 días.

confianza mutua presupone que todos los Estados miembros reconocen la equivalencia de sus sistemas jurídicos. Es decir, estos asumen que, aunque el contenido de las disposiciones concretas de sus ordenamientos puede ser divergente, los resultados de la aplicación del mismo pueden ser aceptados como equivalentes. Este principio exige igualmente la confianza recíproca en la equivalencia de la calidad de la aplicación de dichos ordenamientos por sus instituciones. Se trataría, por lo tanto, no de una equivalencia de medios que requeriría de un proceso de armonización, sino de una equivalencia de resultados. Esta afirmación plantea, sin embargo, dos interrogantes complejos. El primero de ellos se refiere a la identificación de la justificación de esta confianza, mientras que el segundo se centra en la necesidad de determinar cuál es el objeto de la misma. Es decir, se trataría de dar respuesta a las preguntas de por qué confían las autoridades judiciales de los Estados miembros y en qué confían exactamente.

El primero de los interrogantes hace referencia, por lo tanto, a la cuestión del origen y fundamento de la confianza entre Estados miembros, es decir, se trata de responder a la pregunta de por qué afirmamos que entre las autoridades de los distintos países de la Unión Europea existe un altísimo nivel de confianza. Muchos autores han señalado que se trata, en todo caso, de una presunción *iuris tantum*.³²³ En efecto, el concepto de confianza es un concepto de carácter no jurídico, que presenta connotaciones sociológicas y psicológicas, de modo que las instituciones europeas pueden presumir que ésta existe, y definir políticas y mecanismos para promover que se genere o aumente, pero resulta difícil que puedan imponerla. En este sentido Fichera³²⁴ recoge algunos modelos sociológicos en esta materia para afirmar que, para que las experiencias de cooperación, con carácter general y no sólo en el ámbito de las autoridades judiciales, puedan funcionar es necesario que exista un nivel mínimo de confianza previo. El argumento de las instituciones europeas es que, este mínimo nivel de confianza, se deriva del propio proceso de integración. Es decir que, esta confianza ha de estar presente para que pueda justificarse que los Estados hayan aceptado la cesión de soberanía hacia un ente supranacional con instituciones en las que el mecanismo de decisión no es la unanimidad, y con instrumentos legislativos cuya aplicación y primacía respecto a su propio derecho interno, no pueden rechazar.³²⁵ Sin embargo, son muchas las experiencias reales que han demostrado que esta confianza

³²³ Fichera, «Mutual Trust in European Criminal Law.», *op.cit.* nota 265.

³²⁴ *Ibid.*

³²⁵ Cràmer, «Reflections on the roles of mutual trust in EU law», *op.cit.* nota 278.

está lejos de ser absoluta y las instituciones europeas son plenamente conscientes de esta realidad. Puede tomarse como ejemplo clave de esta realidad la introducción por parte de la propia Comisión Europea de un mecanismo de control de los sistemas judiciales de los Estados miembros, los llamados Cuadros de indicadores de Justicia,³²⁶ así como otros mecanismos de medición de la calidad de la administración de justicia como los contenidos en el Reglamento 1053/2013 en relación a la aplicación del *acquis* de Schengen.³²⁷ Sin lugar a dudas uno de los mayores ejemplos de que la confianza entre Estados miembros no se encuentra al nivel deseado, y en ocasiones promocionado por las instituciones europeas, se ha producido en relación a la reciente crisis migratoria generada por la llegada masiva de refugiados a los países europeos como consecuencia de diversos conflictos bélicos, y en concreto el conflicto sirio.³²⁸ Como respuesta a dicha crisis, varios Estados miembros procedieron,³²⁹ de acuerdo con las disposiciones del Reglamento 1051/2013,³³⁰ a reintroducir temporalmente los controles fronterizos internos en el territorio de Schengen. Esta suspensión temporal del sistema de libre circulación está prevista por la propia normativa Schengen, y en concreto, este reglamento establece una serie de condiciones o estándares comunes para la adopción de este tipo de decisiones. Sin embargo, parece claro que en este caso la motivación de esta reintroducción temporal de los controles no era otra que la desconfianza que dichos países tenían en la aplicación, por parte de las autoridades de otros Estados miembros, de las disposiciones en materia de derecho de asilo.³³¹ Las instituciones europeas son conscientes, cada vez más, de la debilidad de esta relación de confianza y de que “something must be done in order to strengthen or even build a mutual trust in the first place”.³³² En realidad, esta necesidad de trabajar para aumentar la confianza estaba ya presente en el Consejo de Tampere y se ha mantenido a lo largo de los años como una

³²⁶ Comisión Europea, *COM(2013) 160 final, de 27 de marzo de 2013, Cuadro de indicadores de la justicia en la UE Una herramienta para promover una justicia efectiva y fomentar el crecimiento*, 2013.

³²⁷ Consejo de la Unión Europea, *Reglamento (UE) n° 1053/2013 Del Consejo de 7 de octubre de 2013 por el que se establece un mecanismo de evaluación y seguimiento para verificar la aplicación del acervo de Schengen, y se deroga la Decisión del Comité Ejecutivo de 16 de septiembre de 1998 relativa a la creación de una Comisión permanente de evaluación y aplicación de Schengen*, DO L 295, de 6 de noviembre de 2013, pág. 27-37.

³²⁸ J. Borg-Barthet y C. Lyons, «The European Union Migration Crisis», *Edinburgh Law Review* 20, n.º 2 (2016): 230-35.

³²⁹ Comisión Europea, *COM(2016) 85 final, de 10 de febrero de 2016, sobre el estado de ejecución de las medidas prioritarias en el marco de la Agenda Europea de Migración*.

³³⁰ Consejo de la Unión Europea, *Reglamento (UE) n° 1053/2013, op.cit.* nota 327.

³³¹ Así la estrategia de la Comisión Europea para solventar esta crisis incluía una referencia concreta a la necesidad de “Poner fin a la política de permitir el paso e insistir más en la aplicación de las normas de la UE en materia de asilo y gestión de fronteras”. Comisión Europea, *COM(2016) 85 final, op.cit.* nota 329:5

³³² M. Weller, «Mutual Trust: In Search of the Future of European Private International Law», *Journal of Private International Law* 11, n.º 1 (2015): 67.

de las prioridades dentro del Área de Libertad, Seguridad y Justicia sin que parezca que se hayan producido grandes avances. De hecho, en algunos de los instrumentos de cooperación más recientes pueden encontrarse referencias a esta falta de confianza, como es el caso del considerando quinto de la Directiva 2013/48 relativa al acceso a la asistencia de un letrado en los procedimientos penales y en relación a la OEDE.³³³

El segundo de los interrogantes que plantea el sistema de confianza mutua definido por la Unión Europea en el marco de la cooperación judicial y el espacio europeo de justicia es el de determinar cuál es el objeto de la confianza de las autoridades judiciales, es decir en qué confían exactamente. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su desarrollo del concepto de confianza mutua, ha hecho siempre referencia a la idea de que las autoridades judiciales han de otorgar confianza “mutuamente a sus sistemas jurídicos y a sus respectivas instituciones judiciales”.³³⁴ Vemos por lo tanto como el objeto de esta confianza mutua es doble, puesto que se refiere, por una parte a los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados miembros y por otra a las autoridades judiciales de los mismos. La primera de estas dimensiones, la confianza en los sistemas jurídicos, implica el convencimiento mutuo de que, a pesar de proceder de distintas tradiciones jurídicas, y de que las regulaciones concretas contenidas en las disposiciones de todos los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros sean distintas, su valor es el mismo puesto que todos presentan el mismo nivel de respeto por los principios del Estado de Derecho y el sistema democrático. Mitsilegas³³⁵ considera que el funcionamiento del modelo europeo de cooperación judicial se caracteriza por la extraterritorialidad de la actuación judicial de las autoridades del Estado requirente y que esta:

“...requires a high level of mutual trust between the authorities which take part in the system and is premised upon the acceptance that membership of the European Union means that all EU Member States are fully compliant with fundamental rights norms”.³³⁶

³³³ Parlamento Europeo and Consejo de la Unión Europea, *Directiva 2013/48/UE Del Parlamento Europeo 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 de 2011, Pág. 1-12: Considerando 5.

³³⁴ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto Gasser, *op.cit.* nota 312: párrafo 72.

³³⁵ Mitsilegas, «The Limits of Mutual Trust in Europe’s Area of Freedom, Security and Justice», 2012., *op.cit.* nota 263.

³³⁶ *Ibid.*: 322. Las cuestiones relativas a la protección de los derechos humanos en la aplicación del principio de confianza mutua serán tratadas con más detenimiento en el Capítulo 3 de este trabajo.

El primer objeto identificable de la confianza mutua es por lo tanto el contenido de los ordenamientos jurídicos de todos los países que conforman la Unión. Este paradigma es el que justifica, por ejemplo, la eliminación de la posibilidad de exigencia de la doble criminalidad en el proceso de entrega de individuos en el marco de la Orden Europea de Detención y entrega.³³⁷ El sistema tradicional de extradición preveía que el Estado que recibía la solicitud pudiese hacer depender la extradición del individuo de la comprobación de que los hechos que fundamentaban la solicitud fuesen constitutivos de infracción penal igualmente en su propio ordenamiento. La Decisión marco por la que se crea la OEDE elimina esta posibilidad para un total de 32 categorías delictuales.³³⁸ La única justificación posible para la posibilidad de que una autoridad judicial ordene la detención de una persona, que se encuentra en su territorio, y la entrega de esta a otro Estado, para ser juzgada, o para cumplir condena, por unos hechos que para dicha autoridad no son penalmente relevantes, ha de encontrarse en la confianza depositada en el contenido del ordenamiento extranjero. Se trata de confiar en que este, al incluir como delito dichos hechos, realiza una elección distinta, pero igualmente válida, en términos de valores democráticos y de respeto de los derechos humanos. A esta misma idea responde la posibilidad de solicitar que la actuación de cooperación sea realizada de acuerdo con las formalidades previstas en el ordenamiento de la autoridad requirente, una posibilidad que se encuentra en muchos de los instrumentos europeos, tanto en materia penal como en materia civil.³³⁹ En este caso la autoridad requerida habrá de confiar en que dichas formalidades y procedimientos son igualmente válidos a los presentes en su propio ordenamiento y pueden por lo tanto efectuarse dentro de su territorio de jurisdicción.

Pero la confianza que las autoridades han de tener en el modelo europeo de cooperación judicial no se refiere únicamente al contenido de los ordenamientos jurídicos sino también a la correcta aplicación de este por parte de las autoridades extranjeras. Esta idea puede verse en el texto de la Directiva en materia de acceso a la asistencia letrada³⁴⁰ que, en su considerando sexto, dispone que el clima de confianza necesario para el funcionamiento del sistema "...implica no solo confianza en lo adecuado de las normas de los otros Estados miembros, sino también en que dichas

³³⁷ Consejo de la Unión Europea, Decisión Marco 2002/584/JAI, *op.cit.* nota 137.

³³⁸ *Ibid.*: artículo 2.2.

³³⁹ Consejo de la Unión Europea, *Reglamento (CE) n° 1206/2001*, *op.cit.* nota 35; *ibid.*, *Directiva 2014/41/CE*, *op.cit.* nota 134.

³⁴⁰ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Directiva 2013/48/UE*, *op.cit.* nota 333.

normas se aplican correctamente”.³⁴¹ Es decir, que las autoridades han de confiar en que el sistema judicial del Estado de origen de la solicitud o resolución dispone de suficientes garantías que aseguren que el contenido del ordenamiento judicial se aplica de manera correcta. Y esta aplicación correcta no se refiere únicamente a las normas de origen interno, sino también al propio derecho europeo, y por lo tanto a aquellas garantías o estándares mínimos que son comunes a todos los Estados miembros. Sin embargo, y del mismo modo que en el caso del contenido, esta confianza es una presunción *iuris tantum* y la realidad ha demostrado que se encuentra lejos de ser cierta. Una manifestación clara de la existencia de desconfianza en la actuación de las autoridades extranjeras puede encontrarse en el Asunto Mantello.³⁴² Dicho asunto versaba sobre la ejecución, por parte de una autoridad judicial alemana, de una OEDE emitida por las autoridades judiciales italianas en relación a un ciudadano italiano requerido para un procedimiento judicial en materia de pertenencia a organización criminal y tráfico de drogas. El tribunal alemán alegaba que, puesto que las autoridades italianas disponían de información sobre estos hechos cuando, con carácter previo este mismo ciudadano había sido juzgado y condenado por un cargo menor, y decidieron no emplearla, la ejecución de la OEDE podría suponer una violación de los derechos del interesado por violación del principio de *ne bis in ídem*. Con independencia de la cuestión relativa a si este tipo de hechos entran en el marco de protección de dicho principio es interesante ahora ver como las dudas sobre la ejecución surgen como consecuencia de la desconfianza de la autoridad de ejecución. Una desconfianza que no se refería a la inexistencia, en el ordenamiento italiano, de normas para prevenir que un ciudadano sea procesado dos veces por los mismos hechos, sino que recaía sobre la decisión de las autoridades italianas y su política de persecución penal.

III. Conclusiones.

El modelo europeo de cooperación judicial descansa sobre los principios de reconocimiento mutuo y confianza mutua. Ambos principios, procedentes del proceso de integración de los mercados, son de elaboración jurisprudencia por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. A pesar de su presencia constante como fundamento, tanto político como jurídico, de los instrumentos legislativos en la materia, la

³⁴¹ *Ibid.*: considerando 6.

³⁴² Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 16 de noviembre de 2010, C-261/09, Asunto Mantello, ECLI:EU:C:2010:683.

determinación de la naturaleza jurídica de estos dos elementos y de su contenido no es una cuestión resuelta definitivamente. El reconocimiento mutuo reúne las características para ser categorizado como principio jurídico. Se trata sin embargo, de un principio de carácter pragmático que permite el correcto funcionamiento del modelo de cooperación judicial y el alcance del objetivo de desarrollar un espacio europeo de justicia en el que los ciudadanos puedan ejercer sus derechos. Esta dimensión del reconocimiento mutuo como principio ha de distinguirse del reconocimiento mutuo de decisiones judiciales, entendido como parte integrante del objeto de la cooperación judicial. En esta segunda dimensión el reconocimiento hace referencia a la progresiva desaparición de los procedimientos intermedios para el reconocimiento de decisiones cuando estas proceden de autoridades de alguno de los Estados miembros de la Unión. Este proceso de eliminación del exequátur, que se ha producido de manera paralela en derecho penal y en derecho civil, ha estado caracterizado por una cierta falta de coherencia y por la oposición de los Estados a perder la posibilidad de controlar la decisión a reconocer, en términos formales y materiales.

El modelo europeo de cooperación judicial y la introducción del carácter automático en la respuesta a las solicitudes de cooperación se fundamentan en la idea de la existencia de un alto nivel de confianza entre los Estados miembros. Esta confianza mutua ha sido configurada por el Tribunal de Justicia como un principio jurídico, un principio de carácter axiológico o filosófico, un ideal en el que se fundamenta todo el sistema de cooperación judicial. El objeto de este principio de confianza mutua incluye tanto la confianza en el contenido del ordenamiento extranjero, como la confianza en la correcta aplicación del mismo por parte de los operadores. Esta confianza se deriva de la pertenencia a la propia Unión que asegura que, todos los Estados miembros, comparten los mismos valores y aseguran un nivel equivalente de protección de los derechos fundamentales y de respeto de los principios del Estado de Derecho. La existencia de esta confianza es una presunción *iuris tantum* que, especialmente en los últimos años, se ha demostrado mucho más débil de las expectativas de las instituciones europea.

CAPÍTULO 3

**PRINCIPALES PROBLEMÁTICAS DEL MODELO EUROPEO
DE COOPERACIÓN JUDICIAL**

I. Problemáticas de carácter jurídico en el modelo europeo de cooperación judicial.

I.1. La protección de los derechos y libertades fundamentales en el marco de la cooperación judicial internacional.

I.1.1. La protección de los derechos y libertades fundamentales en el modelo tradicional de cooperación judicial internacional.

I.1.1.1. El papel de los derechos humanos en el modelo tradicional de cooperación judicial internacional.

Con carácter general los instrumentos tradicionales de cooperación entre autoridades judiciales, tanto bilaterales como multilaterales, han respondido a la óptica de las necesidades de los Estados soberanos y no a la necesidad de trabajar conjuntamente para garantizar la protección de los derechos, o los intereses, de los individuos a nivel internacional.³⁴³ Dentro de este paradigma la protección de los derechos fundamentales no aparecía recogida en las disposiciones concretas de dichos instrumentos como elemento que, de manera específica, tuviese que ser tenido en cuenta. Esta tendencia puede verse, en relación a la cooperación en materia civil, en los instrumentos más relevantes, de entre los resultantes del trabajo de la Conferencia de la Haya. Así, por ejemplo, el Convenio sobre notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales de 1965³⁴⁴ prevé, como únicas causas de denegación de la solicitud planteada por el Estado requirente, que el Estado requerido considere que ésta atenta contra su soberanía o su seguridad.³⁴⁵ Es cierto, sin embargo, que el acuerdo incorpora una serie de provisiones relativas a las obligaciones de los Estados parte en relación al reconocimiento de decisiones judiciales, en aquellos casos en los que, bien a pesar del uso de las oportunidades ofrecidas por este Convenio en materia de

³⁴³ En relación al fundamento del modelo tradicional de cooperación judicial *vid. supra*, capítulo 1, apartado II.2.1.

³⁴⁴ *Convenio relativo a la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial, op.cit.* nota 204.

³⁴⁵ *Ibid.*, artículo 13.

notificación, bien por no haberse hecho recurso a las mismas, la sentencia final es el resultado de un procedimiento en rebeldía sin participación del demandado.³⁴⁶ Cabe preguntarse si estas disposiciones no pueden verse como mecanismos introducidos con el objetivo de proteger los derechos de los individuos a ser oídos y a un juicio justo.³⁴⁷ En la óptica de entender la cooperación judicial, en el marco de relaciones entre Estados soberanos, como un instrumento encaminado a la protección de los intereses del propio Estado, este tipo de disposiciones pueden entenderse igualmente como un mecanismo que permite al Estado requerido para el reconocimiento, evitar que surta efectos en su territorio una decisión que, de acuerdo con el ordenamiento del Estado de origen, puede ser revocada como consecuencia de la no participación del demandado durante el proceso judicial.³⁴⁸ En esta misma línea se enmarca la inclusión, como motivo de rechazo del reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales, de la cláusula de incompatibilidad con el orden público del Estado requerido. Si bien es cierto que supone una novedad respecto de otros instrumentos, incluso posteriores, como son el Convenio de la Haya relativo al procedimiento civil de 1954³⁴⁹ y el Convenio de la Haya relativo a la obtención de pruebas en el extranjero de 1970,³⁵⁰ no resulta evidente que este hecho responda al interés en la protección de los derechos individuales y no a la protección de la seguridad jurídica en el marco del ordenamiento interno.³⁵¹

La situación es similar si se observan los textos más relevantes en materia de cooperación en el sector de la justicia penal. Esta realidad puede verse en el marco del Consejo de Europa donde encontramos, como instrumentos principales, el Convenio de 1957 relativo a los procedimientos de extradición³⁵² y el Convenio de 1959 en materia de asistencia judicial.³⁵³ Si se observa el contenido del Convenio de 1959 es posible ver cómo, ya en el preámbulo, los Estados parte declaran que la adopción del

³⁴⁶ *Ibid.*, artículo 15.

³⁴⁷ Estos derechos aparecen recogidos en el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (Naciones Unidas, *Declaración Universal de Derechos del Hombre*, 1948.) y en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (*Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales*, *op.cit.* nota 119) entre otros instrumentos.

³⁴⁸ A Giardina, *Sulla regolarità della citazione avanti il giudice straniero quale condizione della deliberazione* (Roma: Roma: Societa editrice del Foro Italiano, 1971).

³⁴⁹ Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, *Convenio de 1 de marzo de 1954 sobre el procedimiento civil*, 1954.

³⁵⁰ *Convenio relativo a la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil*, *op.cit.* nota 203.

³⁵¹ En estos casos, junto con la protección de la soberanía y la seguridad del Estado requerido, aparece como causa de denegación o de exclusión de la obligación de responder positivamente a la solicitud de cooperación, el hecho de que el Estado requerido considere que esta no encaja dentro de las atribuciones de su autoridad judicial. este es el caso del artículo 12 del Convenio en materia de obtención de pruebas (*op.cit.* nota 203) o del artículo 11 del Convenio de procedimiento civil de 1954. (*op.cit.* nota 349)

³⁵² Consejo de Europa, *Convenio Europeo de Extradición*, *op.cit.* nota 11.

³⁵³ *Convenio Europeo de asistencia judicial en materia penal*, *op.cit.* nota 11.

convenio responde a la idea de que, siendo el objetivo del Consejo de Europa conseguir la colaboración estrecha entre sus miembros, “la adopción de normas comunes en la esfera de la asistencia judicial en materia penal contribuirá a alcanzar dicho objetivo”.³⁵⁴ Por lo que se refiere a las causas que este acuerdo internacional incluye como motivadoras del rechazo de la solicitud emanada de las autoridades de otro Estado parte, el artículo 2³⁵⁵ prevé como causas de denegación de las mismas, con carácter general, para todos los Estados signatarios del acuerdo, el hecho de que la solicitud se refiera a la persecución de delitos políticos, o bien que la solicitud atente contra la soberanía, la seguridad, el orden público o cualquier otro interés del Estado requerido. Por su parte el artículo 5.1 permite, para algunas actuaciones que se consideran especialmente gravosas para los intereses del acusado, que los Estados parte pueden optar por permitir a sus autoridades³⁵⁶ rechazar la ejecución de la solicitud en caso de que: i) no se cumpla el criterio de la doble criminalidad, ii) que la infracción de la que se deriva la solicitud no pueda dar lugar a una posterior extradición o bien, iii) que la comisión rogatoria no sea compatible con el derecho interno del Estado requerido. Es posible observar por lo tanto como, en este caso, son muchas las posibilidad de que disponen, en el marco de este Convenio Europeo, las autoridades requeridas para proteger los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos en un sector tan sensible como el de la justicia penal. Sin embargo, sigue sin manifestarse una clara preocupación por la protección de estos como motivo de la inclusión de estas disposiciones en el texto del tratado, puesto que podría tratarse de un elemento más de protección de la soberanía jurisdiccional de los Estados parte.³⁵⁷

A finales del S.XX empiezan a aparecer ya los primeros instrumentos multilaterales de cooperación judicial en el marco de la justicia civil que evidencian un cambio de perspectiva, desde los Estados, en relación a la cuestión de sus relaciones con el resto de

³⁵⁴ *Ibid.*, preámbulo.

³⁵⁵ *Ibid.*, artículo 2.

³⁵⁶ Se trata de la posibilidad de que los Estados puedan hacer una reserva comunicando al Secretario General del Consejo de Europa que, para los supuestos de solicitudes de embargo de bienes o registros, podrán rechazarse en caso de que no se cumplan todos o alguno de los requisitos previstos en el artículo 5 del Convenio. En la actualidad de un total de cincuenta Estados que han ratificado el Convenio, solo nueve han evitado realizar reservas en relación a alguna de estas condiciones: Francia, Bosnia, Grecia, Israel, Italia, Letonia, Montenegro, Serbia y FYROM, mientras que todos los demás lo han hecho al menos en relación a una de las tres. Para una información actualizada *cf.* <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/030>

³⁵⁷ N. Parisi, «Brief remarks on judicial co-operation in criminal matters and the rights of individuals in the light of international and domestic praxis», *op.cit.* nota 10.

Estados soberanos en materia de justicia.³⁵⁸ Este cambio puede verse de manera muy directa en el Convenio de la Haya relativo a los aspectos civiles de la sustracción de menores,³⁵⁹ el Convenio en materia de acceso a la justicia,³⁶⁰ ambos de 1980, o el Convenio en relación a la responsabilidad parental y las medidas de protección del niño de 1996.³⁶¹ Si se observan con detenimiento los preámbulos de estos instrumentos puede verse, y así lo demuestra ya el propio objeto de los mismos, que la motivación de los Estados para la adopción de estos se centra en la preocupación por proteger a ciertas categorías de personas, o ciertas relaciones jurídicas que, en el contexto de un procedimiento judicial transnacional, se consideran especialmente vulnerables. Así por ejemplo, el Convenio en materia de aspectos civiles de la sustracción de menores se fundamenta en la idea de que “los intereses del menor son de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a la custodia”,³⁶² mientras que el Convenio de responsabilidad parental de 1996 añade que este objetivo de protección del menor ha de conseguirse a través de una mejor coordinación de los sistemas jurídicos de los distintos Estados de la comunidad internacional.³⁶³ Pero este cambio no se produce únicamente en relación al derecho de familia, sino que es más profundo y afecta a otros sectores primordiales de la asistencia judicial en materia civil como el acceso a la justicia. Por lo que respecta a este elemento el Convenio de la Haya de 1980,³⁶⁴ referido anteriormente, encuentra su propia razón de ser en la idea de garantizar el acceso a la protección del derecho a que los intereses de los individuos puedan ser tutelados por las autoridades encargadas de la administración de justicia en cada uno de los Estados contratantes sin que, la necesidad de actuar en un Estado distinto al propio pueda suponer un obstáculo excesivo.³⁶⁵

³⁵⁸ Estos instrumentos coinciden con el desarrollo de una nueva etapa en el Derecho Internacional, una etapa identificada por algunos autores como de cooperación frente al Derecho Internacional de la coexistencia característico del periodo anterior. Para un análisis detallado de esta nueva dimensión del Derecho Internacional *vid.* G. Garzón Clariana, «Sobre la noción de cooperación internacional», *op.cit.* nota 43.

³⁵⁹ *Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980*, BOE no 202, de 24 de agosto de 1987, pág. 26099-26105.

³⁶⁰ *Convenio tendente a facilitar el acceso internacional a la Justicia, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980*, BOE no 77, de 30 de marzo de 1988, pág. 9881-9885, 1980.

³⁶¹ *Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996*, BOE no 291, de 2 de diciembre de 2010, pág. 99837-99868.

³⁶² *Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980*, *op.cit.* nota 359, preámbulo.

³⁶³ *Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños*, *op.cit.* nota 361, preámbulo.

³⁶⁴ *Convenio tendente a facilitar el acceso internacional a la Justicia*, *op.cit.* nota 360.

³⁶⁵ F. Francioni, ed., *Access to Justice as a Human Right* (Oxford University Press, 2007).

En el caso de la asistencia judicial en materia penal un cambio similar puede observarse en el seno de los trabajos del Consejo de Europa. Resulta fundamental, sin embargo, tener en cuenta que, mientras que en el caso de los procedimientos en materia de derecho civil el interés del Estado no está directamente involucrado y ligado al resultado del litigio principal, en el caso del Derecho penal esta situación es distinta puesto que la lucha contra la criminalidad en todas sus formas es uno de los elementos fundamentales de competencia de los Estados soberanos.³⁶⁶ Paradójicamente es esta misma característica la que hace que la protección de los derechos de las personas involucradas adquiera una importancia aún mayor si cabe en este sector. Siguiendo esta línea de pensamiento es interesante comparar los motivos de rechazo de una solicitud de cooperación de acuerdo con el Convenio Europeo de 1959, analizado anteriormente, con los motivos que, en la misma situación, incluye el Acuerdo en materia de embargo de 1990,³⁶⁷ para establecer si se ha verificado el cambio que se afirma. Así, junto con la protección de la soberanía, la seguridad y el orden público del Estado requerido, la exigencia del criterio de doble criminalidad, el respeto del principio de *ne bis in ídem*, y otras salvaguardas de carácter fundamentalmente procesal,³⁶⁸ el convenio de 1990 en su artículo 18³⁶⁹ añade un motivo de denegación concreto que deja clara la conciencia adquirida por los Estados miembros del Consejo de Europa sobre la necesidad de equilibrar la cooperación en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales del Estado con la protección de los derechos de los individuos. Se trata de la denegación basada en el hecho de que “La acción solicitada sería contraria a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico de la Parte requerida”³⁷⁰ El Convenio de 1959 prevé igualmente la posibilidad de que los Estados, previa reserva en relación al artículo 5, puedan rechazar una solicitud porque es contraria a su derecho interno. Sin embargo, la inclusión de una referencia específica a los principios fundamentales no debe pasar desapercibida puesto que esta supone una referencia concreta a los textos

³⁶⁶ Corte Internacional de Justicia, Asunto Lotus, *op.cit.* nota 24.

³⁶⁷ *Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, hecho en Estrasburgo el 8 de noviembre de 1990*, BOE no 252, de 21 de octubre de 1998, pág. 34713-34726.

³⁶⁸ Se trata de medidas relativas a la configuración, en los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados parte, de la figura del embargo, su relación con los distintos tipos de delitos y las condiciones para su imposición. *Vid. Ibid.*, artículo 18.4.

³⁶⁹ *Ibid.*

³⁷⁰ *Ibid.*, artículo 18.1 letra a.

constitucionales de los Estados parte en el convenio y a los sistemas nacionales de protección de los mismos.³⁷¹

En el derecho penal, Parisi³⁷² afirma la existencia, a principios de los años 2000, de una tendencia generalizada a la incorporación de la dimensión de la protección de los derechos fundamentales en los acuerdos de carácter bilateral y en las disposiciones de derecho interno de los Estados, y que viene inspirada, en gran medida, por los cambios efectuados en los acuerdos multilaterales en la materia. En el caso de los acuerdos bilaterales firmados por España la situación es ligeramente distinta puesto que, como consecuencia de su evolución histórico-política interna, los tratados bilaterales en vigor en materia de cooperación judicial más antiguos datan de la década de 1980, y por lo tanto este proceso de incorporación de la nueva perspectiva se produce casi al mismo tiempo que en el ámbito internacional-multilateral. A pesar de que en muchos de estos convenios se mantienen los intereses de los Estados soberanos como elemento clave que justifica la cooperación, empiezan a incluirse ya, algunas de las características de los mecanismos modernos, y en concreto, herramientas que aseguren la protección de los derechos fundamentales de los individuos, en relación especialmente a los derechos relativos a la tutela judicial efectiva. Esta tendencia mixta puede observarse por ejemplo en el caso del Tratado de asistencia mutua en materia penal entre España y Australia de 1989.³⁷³ En este se mantiene la idea de que son los Estados los titulares del interés que lleva a la firma de un acuerdo internacional, pero a lo largo de sus disposiciones pueden encontrarse ya mecanismos que permiten a las autoridades de ambos países proteger los derechos fundamentales, especialmente aquellos de tipo procesal, de sus ciudadanos. Esta doble naturaleza puede verse con claridad en el artículo 2 del Tratado³⁷⁴ que recoge las causas de denegación de la asistencia. Entre ellas se encuentran causas dirigidas a la protección de los intereses del Estado, como la relativa a la protección de la seguridad y la soberanía,³⁷⁵ pero también se incorpora la posibilidad de que los ciudadanos puedan acogerse a los mecanismos de protección previstos en el ordenamiento jurídico del

³⁷¹ En el caso del sistema español *vid.* E. García de Enterría, «La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas», *Revista española de Derecho Constitucional* 1, n.o 1 (1981): 35-131; A. Durán Ayago, «Jurisprudencia constitucional y derecho internacional privado», *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, n.o 21 (2003): 519-39.

³⁷² Parisi, «Brief remarks on judicial co-operation in criminal matters and the rights of individuals in the light of international and domestic praxis.», *op.cit.* nota 10.

³⁷³ *Tratado de asistencia mutua en materia penal entre el Reino de España y Australia, hecho en Madrid el 3 de julio de 1989*, BOE no 11, de 12 de enero de 1991, pág. 1103-1105.

³⁷⁴ *Ibid.*, artículo 2.

³⁷⁵ *Ibid.*, artículo 2, letra b.

Estado requerido, puesto que la letra b de este artículo ofrece igualmente la posibilidad de rechazar la solicitud porque esta sea contraria a cualquier otra disposición del mismo.³⁷⁶ La misma situación puede encontrarse en los acuerdos bilaterales en materia civil, como es el caso del Convenio firmado con Brasil en 1989 en materia de cooperación jurídica en asuntos civiles y mercantiles.³⁷⁷ En dicho convenio no pueden encontrarse referencias a los derechos individuales ni a la protección de los ciudadanos involucrados, puesto que su existencia responde a los intereses de los dos Estados parte en mantener una relación estrecha que se deriva de sus “profundos vínculos históricos”³⁷⁸ y no a las necesidades de justicia de sus respectivos ciudadanos. Por lo que se refiere a las causas que excluyen la obligación de las autoridades requeridas de cooperar estas son, como ocurría en los Tratados multilaterales analizados con anterioridad, las relativas a la protección de la soberanía y la seguridad del Estado requerido.³⁷⁹ Sin embargo, por lo que se refiere a las causas que, en el marco de este acuerdo, permiten rechazar el reconocimiento y la ejecución de resoluciones extranjeras, junto con las relativas a la litispendencia, el respecto del principio de *ne bis in ídem* y la ilicitud en el Estado requerido de las obligaciones de las que se deriva la solicitud, aparece la referencia al respeto del orden público como posible motivación.³⁸⁰ Se constata por tanto que, este convenio responde a una posición mixta entre los intereses de los Estados parte y la protección de las garantías, fundamentalmente de tipo procesal, de los interesados, en la línea marcada por el Convenio de La Haya de 1971 sobre el reconocimiento de decisiones extranjeras.³⁸¹

En lo que se refiere al derecho interno español una evolución similar puede observarse al comparar las disposiciones contenidas en el Código civil, que tradicionalmente han regulado las actuaciones de cooperación judicial de las autoridades españolas, con la nueva Ley 29/2015 de Cooperación jurídica internacional en materia civil³⁸² en relación a la protección de los derechos fundamentales.³⁸³ En el apartado II del Preámbulo de la nueva normativa marco en materia de cooperación judicial puede

³⁷⁶ *Ibid.*

³⁷⁷ *Convenio de Cooperación Jurídica en materia civil entre el Reino de España y el Gobierno de la República Federal de Brasil, op.cit. nota 37.*

³⁷⁸ *Ibid.*, prólogo.

³⁷⁹ *Ibid.*, artículo 8.1.

³⁸⁰ *Ibid.*, artículo 21.

³⁸¹ Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, *Convenio de 1 de febrero de 1971 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materia Civil y Comercial*, 1971.

³⁸² *Ley 29/2015 op.cit. nota 8.*

³⁸³ Una descripción más detallada del sistema español de cooperación judicial puede encontrarse en *supra*, Capítulo 1.

observarse cómo para el Estado español “priman así los intereses de la ciudadanía en ver asegurados sus derechos, incluido el derecho a la tutela judicial efectiva”.,³⁸⁴ una idea que se repite en el artículo 3.3. de la nueva ley.³⁸⁵ Por lo que respecta a los motivos de denegación, el artículo 14 prevé una serie de motivos que se aplican a las actuaciones generales de cooperación.³⁸⁶ Entre ellos, el orden público aparece en primer lugar, sin embargo el legislador español no aprovecha la oportunidad que brinda la adopción de un texto general para realizar una manifestación específica en relación a la protección de los derechos y libertades fundamentales como límite a la prestación de cooperación, un elemento especialmente importante si se tiene en cuenta que el nuevo principio rector del sistema interno es el principio general favorable de cooperación.³⁸⁷ Esta omisión resulta aun más sorprendente si se observa el artículo 46 en el que se disponen los motivos de denegación específicos para los supuestos de solicitudes de reconocimiento y ejecución, en España, de resoluciones extranjeras. En este caso la solicitud podrá denegarse “cuando la resolución se hubiera dictado con manifiesta infracción de los derechos de defensa de cualquiera de las partes”³⁸⁸ Puede verse por lo tanto que, aunque no siempre de manera explícita, puede considerarse incluida igualmente en el régimen interno de cooperación internacional, la dimensión de protección de los derechos humanos, aunque de manera desigual en función del tipo de actuación de que se trate.

I.1.1.2. *Los mecanismos de protección de los derechos humanos en el modelo tradicional de cooperación judicial internacional.*

Una vez realizado este cambio de paradigma, tanto en el ámbito de los acuerdos multilaterales como bilaterales, es importante analizar cuáles son los mecanismos que permiten, en el modelo tradicional de cooperación judicial, incorporar esta dimensión de protección de los derechos y las garantías fundamentales. La existencia de procedimientos intermedios y motivos que permiten la denegación de la solicitud de

³⁸⁴ *Ley 29/2015 op.cit.* nota 8, exposición de motivos.

³⁸⁵ *Ibid.*, artículo 3.3.

³⁸⁶ *Ibid.*, artículo 14.

³⁸⁷ *Ibid.*, artículo 3.

³⁸⁸ *Ibid.* artículo 46. Sorprende que, si en el marco general se mantiene únicamente la referencia al orden público como causa de denegación, en relación al reconocimiento y ejecución el legislador europeo haya recogido la redacción acuñada por el TEDH al exigir que se trata de una infracción manifiesta, es decir, estableciendo que ha de tratarse de una infracción indiscutible y clara, requisito que el TEDH aplica, con carácter general a todo el sector de la cooperación, como es el caso de la famosa decisión en el asunto Drozd, *vid.* Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 1992, Asunto Drozd y Janousek v. Francia y España, 12747/87.

cooperación, o bien de reconocimiento de decisiones extranjeras, ha servido tradicionalmente, como mecanismo para que los Estados pudiesen asegurar la protección de los individuos involucrados en procedimientos de justicia que requiriesen de cooperación con autoridades extranjeras, puesto que con carácter general todos los ordenamientos exigen, para proceder a la ejecución de una decisión que un juez declare previamente la ejecutividad de la misma. Estos procesos intermedios se caracterizan, en primer lugar, por el hecho de que las autoridades del Estado requerido, en el marco de estos procedimientos, son completamente independientes respecto de las autoridades del Estado de origen que conoce del litigio principal, de modo que “Toda injerencia de la autoridad de origen es por tanto inadmisibile,...excepto en lo que se refiere a la forma a seguir”.³⁸⁹ El contenido concreto de este tipo de procedimiento depende, para cada caso, de las disposiciones de derecho procesal interno, así como de las opciones derivadas de los Tratados bilaterales o multilaterales que resulten aplicables a la solicitud en cuestión. En cualquier caso, los procedimientos de este tipo, tanto en el caso del derecho penal como en relación al exequátur en materia civil, incluyen habitualmente la posibilidad de revisar tanto las cuestiones relativas a la validez formal de la solicitud extranjera, como cuestiones relativas al fondo de la cuestión planteada. Desde la perspectiva tradicional de la cooperación como respuesta a las necesidades de los Estados de proteger sus prerrogativas jurisdiccionales soberanas, el control de fondo, como se ha analizado, hacía referencia al control del respeto de la soberanía y la seguridad del Estado requerido,³⁹⁰ una referencia que no puede considerarse comprensiva de la posibilidad de rechazar una solicitud en base a cuestiones de orden público, puesto que se trata de conceptos mucho más restringidos que este.³⁹¹

En la evolución posterior del modelo clásico de cooperación judicial internacional, la incorporación de la dimensión de protección de los derechos fundamentales, de las personas involucradas en supuestos de justicia con elemento de extranjería, encontrará su encaje en esta fase intermedia de actuación procesal por parte de las autoridades del Estado requerido. La responsabilidad, por lo tanto, recae en el juez de recepción de una solicitud que ha de comprobar, en primer lugar que el contenido de la solicitud, o de la decisión extranjera cuyo reconocimiento se pretende, no son contrarios al ordenamiento jurídico de su propio Estado, y en particular a las obligaciones constitucionales y a las

³⁸⁹ O. Capatina, «L'entraide judiciaire internationale en matière civile et commerciale», *op.cit.* nota 9.

³⁹⁰ Sobre esta cuestión *cfr. Ibid.*, 343.y J.P. Niboyet, *Traité de droit international privé*, vol. t.6(II) (Paris: Sirey, 1949).

³⁹¹ I. Szászy, *International Civil Procedure: A comparative Study*, *op.cit.* nota 21.

derivadas de acuerdos internacionales, existentes en materia de derechos humanos.³⁹² Este tipo de control puede ejercerse, bien a través de cláusulas como la prevista en el artículo 6.2 del Convenio de la Haya de acuerdos de elección de foro de 2005,³⁹³ relativa a la compatibilidad con las normas del Estado requerido, o bien a través de la puesta en práctica de la cláusula de orden público. En materia de protección de los derechos humanos una primera verificación ha de dirigirse a comprobar que la aceptación de la cooperación requerida no suponga una violación de derechos sustantivos, como puede ser el caso de las cuestiones relativas al derecho a la vida familiar en los supuestos de sustracción internacional de menores,³⁹⁴ y que afecte, por lo tanto, al orden público material del Estado requerido.

Pero además este control por parte del juez de recepción de la solicitud se refiere también a “verificar que las partes hayan sido puestas en posición de defender útilmente sus pretensiones en todos los estados de la instancia”.³⁹⁵ Este segundo nivel de control hace referencia a la necesidad de comprobar, en el litigio de origen, las cuestiones relativas a la notificación, los medios de prueba, la imparcialidad del juez de origen o el propio acceso a la justicia. Esta segunda dimensión constituiría el denominado orden público procesal.³⁹⁶ En derecho civil se trataría en definitiva de la comprobación de la existencia, en el caso concreto, de un balance justo entre el interés del demandante en acceder a la justicia, obtener una respuesta rápida y una ejecución eficaz; y los intereses del demandado de disponer de igualdad de armas.³⁹⁷ Mientras que en el caso del derecho penal, el control del orden público procesal ha estado tradicionalmente ligado a la idea de la protección de los derechos de defensa del individuo frente al ejercicio del poder sancionador del Estado.³⁹⁸ En cualquier caso, con carácter general tanto los acuerdos internacionales, multilaterales o bilaterales, como el derecho interno de los Estados han

³⁹² Cfr. *inter alia*, F. Sinopoli, «Le procès équitable en droit international privé français et européen», en *Procès équitable et enchevêtrement d'espaces normatifs*, ed. H. Ruiz-Fabri (Paris: Société de Legislation Comparée, 2003), 163 y ss; E. Guinchard, A. Nuyts, y N. Watté, «Procès équitable (Article 6 CESDH) et Droit International Privé», en *International Civil litigation in Europe and the Relations with thirds parties* (Bruselas: Bruylant, 2005), 214 y ss.

³⁹³ *Convenio de la Haya de 30 de junio de 2005 sobre los acuerdos de elección de foro*, 2005, artículo 6.2.

³⁹⁴ P. Kinsch, «Private International topics before the European Court of Human Rights. Selected judgments and decisions (2010-2011)», *Yearbook of Private International Law* 13 (2011): 37-49.

³⁹⁵ Sinopoli, «Le procès équitable en droit international privé français et européen», *op.cit.* nota 392, 163.

³⁹⁶ J.C. Ortiz Pradillo, «El concepto de “orden público procesal” y la denegación del reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales el derecho a un proceso justo», *Revista General de Derecho Procesal*, n.o 17 (2009); A. Macías Castillo, «Nulidad de actuaciones por defecto procesal grave de orden público: omisión de emplazamiento de un menor de edad», *Actualidad civil*, n.o 15 (2004): 1845-50.

³⁹⁷ F. Salerno, «Competenza giurisdizionale, riconoscimento delle decisioni e diritto al giusto processo nella prospettiva europea», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 47, n.o 4 (2011): 900.

³⁹⁸ V. Mitsilegas, «The constitutional implications of mutual recognition in criminal matters in the EU», *Common Market Law Review* 43 (2006): 1277-1311.

incorporado mecanismos de rechazo de la cooperación judicial a través de los cuales, las autoridades del Estado requerido, podían ejercer su responsabilidad de verificar que el ejercicio de dicha cooperación no supusiese una violación de las obligaciones internacionales y constitucionales de protección de los derechos humanos.

I.1.2. La protección de los derechos y libertades fundamentales en el modelo europeo de cooperación judicial.

I.1.2.1. El marco normativo de protección de los derechos y libertades fundamentales en la Unión Europea.

Como se ha establecido en apartados anteriores de este trabajo, el modelo europeo de cooperación judicial se basa en el principio de reconocimiento mutuo en el marco de las relaciones de confianza recíproca entre los Estados miembros de la Unión Europea. Sin embargo, no puede olvidarse que “the protection of fundamental rights and the right to a fair trial are regarded as crucial and constitute an obligation under the ECHR”.³⁹⁹ En este contexto es importante plantear y analizar cuáles son los instrumentos de protección de que dispone dicho modelo para asegurar un adecuado equilibrio entre el objetivo de garantizar el funcionamiento rápido y eficaz de la administración de justicia en asuntos con una dimensión transfronteriza dentro de la Unión Europea, y la necesidad de garantizar los derechos de las personas involucradas en los mismos. Este balance es especialmente importante en el caso del modelo europeo, puesto que algunas de sus características pueden plantear, y han planteado históricamente, riesgos en materia de derechos individuales.⁴⁰⁰ Y ello fundamentalmente porque este modelo se caracteriza

³⁹⁹ X. Kramer, «Cross-border enforcement in the EU: mutual trust versus fair trial? Towards principles of European civil procedure», *op.cit.* nota 260: 217.

⁴⁰⁰ Objeto de especial preocupación ha sido la relación entre la aplicación de los principios de confianza y reconocimiento mutuo y la protección de los derechos individuales. *Cfr.* al respecto, *inter alia*, Sinopoli, «Le procès équitable en droit international privé français et européen», *op.cit.* nota 392; Parisi, «Brief remarks on judicial co-operation in criminal matters and the rights of individuals in the light of international and domestic praxis», *op.cit.* nota 10; Mitsilegas, «The constitutional implications of mutual recognition in criminal matters in the EU», *op.cit.* nota 398; G. Vermeulen, «Mutual recognition, harmonisation and fundamental (procedural) rights protection», en *Crime, rights and the EU. The future of police and judicial cooperation*, ed. M. Martin (Londres: Justice, 2008), 89-104; I. Bantekas, «The principle of mutual recognition in EU Criminal law», *European Law Review* 32, n.o 3 (2007): 365-85; G. Vermeulen y L. van Puyenbroeck, «Approximation and mutual recognition of procedural safeguards of suspects and defendants in criminal proceedings throughout the European Union», en *Eu and International Crime Control: Topical Issues*, ed. M. Cools et al., Governance of Security Research paper Series (Antwerpen: Maklu, 2010), 41-62; Kramer, «Cross-border enforcement in the EU: mutual trust versus fair trial? Towards principles of European civil procedure», *op.cit.* nota 260; X. Kramer, «Abolition of Exequatur Under the Brussels I Regulation: Effecting and Protecting Rights in the European Judicial Area», *op.cit.* nota 227; G. Taupiac-Nouvel, «The Principle of Mutual Recognition in Criminal Matters: A New Model of Judicial Cooperation Within the European Union», *European Criminal Law Review* 2, n.o 3 (16 de diciembre de 2012): 236-51; X. Kramer, «Cross-Border Enforcement and the

por un proceso progresivo de eliminación de los procedimientos intermedios que, en el modelo clásico internacional, actúan como instrumento procesal para la protección de los derechos fundamentales de las personas involucradas. Esta evolución ha ido acompañada, tanto en el ámbito de la justicia civil como en material penal, de una disminución sistemática de los motivos de denegación de la cooperación.⁴⁰¹ Como se ha analizado anteriormente estos mecanismos intermedios han sido substituidos, en el ámbito del modelo europeo, por el principio de confianza entre Estados miembros que presupone un nivel de protección de los derechos fundamentales equivalente en todos ellos.⁴⁰² La primera cuestión que ha de plantearse respecto de este nuevo sistema de protección de los derechos humanos en el ámbito de la justicia transfronteriza en la Unión Europea es cuál es el marco normativo aplicable a la protección de los derechos humanos.

A la hora de identificar cuáles son los instrumentos de referencia en relación a la protección de derechos humanos en las actuaciones de cooperación judicial en el contexto de la Unión Europea la vista ha de dirigirse, en primer lugar, al derecho primario, como consecuencia de su valor constitucional en el ordenamiento jurídico europeo.⁴⁰³ La primera referencia se encuentra en el artículo 6 del TUE que dispone que:

“1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adoptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados...;

3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales”.⁴⁰⁴

A mayores de esta disposición en materia de derechos humanos, que establece la relación del propio tratado con otros instrumentos normativos, han de tenerse en cuenta los principios generales contenidos en el artículo 2 del TUE⁴⁰⁵ así como la referencia

Brussels I-Bis Regulation: Towards a New Balance Between Mutual Trust and National Control over Fundamental Rights», *Netherlands International Law Review* 60, n.o 3 (2015): 343-73.

⁴⁰¹ *Vid.*, en este sentido, para la cooperación en materia civil R. Arenas García, «Abolition of Exequatur: Problems and Solutions – Mutual Recognition, Mutual Trust and Recognition of Foreign Judgments: Too Many Words in the Sea», *Yearbook of Private International Law* 12 (2010): 351-75; por lo que se refiere a la justicia penal J. Apap y S. Carrera, «Judicial Cooperation in Criminal Matters. European Arrest Warrant, a good testing ground for mutual recognition in the enlarged Europe?», *op.cit.* nota 46.

⁴⁰² *Vid. supra*, capítulo 2, apartado I.2.2.

⁴⁰³ *Vid. Supra*, capítulo 2, apartado II.2.4.

⁴⁰⁴ Unión Europea, *Tratado de la Unión Europea*, *op.cit.* nota 15, artículo 6.

⁴⁰⁵ *Ibid.*, artículo 2.

específica, en materia de espacio de libertad, seguridad y justicia, al “respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros”⁴⁰⁶ contemplada en el artículo 67.1 del TFUE. Los tratados de la Unión Europea disponen por lo tanto que las normas aplicables en materia de derechos humanos se organizan en tres niveles: i) el derecho primario: la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea;⁴⁰⁷ ii) el derecho internacional: el Convenio Europeo de Derechos Humanos;⁴⁰⁸ y iii) el derecho interno: las constituciones de los Estados miembros. El primer marco de referencia ha de buscarse por lo tanto en la CDFUE a la que el Tratado dota del mismo valor que sus propias reglas.⁴⁰⁹ Los derechos relativos a la tutela judicial efectiva se encuentran recogidos en el Capítulo VI de este texto bajo el epígrafe de Justicia.⁴¹⁰ Los artículos 47 a 50 cubren un amplio espectro de las garantías que los individuos precisan en sus relaciones con la administración de justicia: el derecho de acceso a la justicia y a obtener una decisión definitiva, los derechos de defensa, el derecho a un juez imparcial, la presunción de inocencia, los principios de legalidad y proporcionalidad del derecho sancionador y el derecho a la protección garantizada por el principio de *ne bis in ídem*. Sin embargo, todos estos derechos presentan una particularidad en el contexto de la Carta, y es que el artículo 47 especifica que todos los ciudadanos europeos dispondrán de estas garantías cuando sus derechos y libertades “garantizados por el Derecho de la Unión”⁴¹¹ hayan sido objeto de violación.

El siguiente nivel de protección de los derechos humanos se deriva de la tradicionalmente compleja relación entre el ordenamiento jurídico de la Unión Europea y El Convenio Europeo de Derechos Humanos,⁴¹² del que todos los Estados miembros

⁴⁰⁶ Unión Europea, *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*, *op.cit.* nota 94, artículo 67.1.

⁴⁰⁷ Unión Europea, *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, *op.cit.* nota 108.

⁴⁰⁸ *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, *op.cit.* nota 119.

⁴⁰⁹ Sobre el valor jurídico de la Carta de Derechos de la Unión Europea *vid. inter.alia.* J. Bering Liisberg, «Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law?», *Common Market Law Review* 38, n.o 5 (2001): 1171-99; Christoph Engel, «The European Charter of Fundamental Rights A Changed Political Opportunity Structure and Its Normative Consequences», *European Law Journal* 7, n.o 2 (junio de 2001): 151-70; A.J. Menéndez, «Chartering Europe: Legal Status and Policy Implications of the Charter of Fundamental Rights of the European Union», *JCMS: Journal of Common Market Studies* 40, n.o 3 (septiembre de 2002): 471-90; D. Sarmiento, «Who’s afraid of the Charter? The Court of Justice, national courts and the new framework of fundamental rights protection in Europe», *Common Market Law Review* 50, n.o 5 (2013): 1267-1304.

⁴¹⁰ Unión Europea, *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, *op.cit.* nota 108, artículos 47-50.

⁴¹¹ *Ibid.*, artículo 47.

⁴¹² *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, *op.cit.* nota 119.

son parte. No es objeto de este trabajo analizar la evolución que ha tenido esta cuestión, baste con recordar que a partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa los derechos contenidos en el Convenio pasan a formar parte del núcleo constitucional de la Unión.⁴¹³ Los derechos relativos a la tutela judicial se encuentran recogidos en el artículo 6 del Convenio bajo el epígrafe de Derecho a un proceso equitativo.⁴¹⁴ En el mismo se dispone que para la defensa de los intereses propios, tanto en un proceso civil como penal, todo ser humano dispone de una serie de derechos entre los cuales se encuentra el de ser oído, en plazo razonable, por un juez imparcial e independiente.⁴¹⁵ Además de estos derechos generales el Convenio establece una serie de derechos específicos para las personas acusadas de una infracción, entre ellos el derecho a la presunción de inocencia⁴¹⁶ o a ser informado detalladamente de los hechos por los que se le acusa.⁴¹⁷ Para este supuesto de justicia penal el acuerdo internacional dispone además que la justicia gratuita ha de considerarse incluida dentro de los derechos de los individuos.⁴¹⁸ El sistema del CEDH viene garantizado por la competencia del Tribunal de Estrasburgo para “determine whether the Contracting States (the 47 member States of the Council of Europe) are in compliance with the rights guaranteed by the Convention”.⁴¹⁹ Sin lugar a dudas la jurisprudencia del TEDH ha jugado y juega un papel importante en la protección de los derechos humanos, y su incorporación a las cuestiones de cooperación

⁴¹³ El valor jurídico del CEDH en el ordenamiento de la Unión Europea ha sido objeto de un amplio análisis por parte de la doctrina *cf. inter alia*, A.G. Toth, «The European Union and Human Rights: The Way Forward», *Common Market Law Review* 34, n.o 3 (1997): 491-529; N.F. Sola, «La adhesión de la Comunidad Europea al Convenio Europeo de Salvaguarda de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.», *Noticias de la Unión Europea* 144 (1997): 41-58; T. Freixes Sanjuán, «Derechos fundamentales en la Unión Europea. Evolución y prospectiva la construcción de un espacio jurídico europeo de los derechos fundamentales», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.o 4 (2005): 43-86; S. Douglas-Scott, «A Tale of Two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the Growing European Human Rights Acquis», *Common Market Law Review* 43, n.o 3 (2006): 629-65; C. González Beilfuss, «El reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras y el Convenio Europeo de derechos humanos», ed. A. Badia Martí y A. Olesti Rayo (Madrid: Marcial Pons, 2009), 359-70. S. Douglas-Scott, «The European Union and Human Rights after the Treaty of Lisbon», *Human Rights Law Review* 11, n.o 4 (2011): 645-82; J.P. Jacqué, «The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms», *Common Market Law Review* 48, n.o 4 (2011): 995-1023.

⁴¹⁴ *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, *op.cit.* nota 119, artículo 6..

⁴¹⁵ *Ibid.*, artículo 6.1.

⁴¹⁶ *Ibid.*, artículo 6.2.

⁴¹⁷ *Ibid.*, artículo 6.3 letra a.

⁴¹⁸ *Ibid.*, artículo 6.3 letra c.

⁴¹⁹ Kinsch, «Private International topics before the European Court of Human Rights. Selected judgments and decisions (2010-2011)», *op.cit.* nota 394, 38.

judicial entre autoridades de distintos Estados,⁴²⁰ ahora bien, los efectos de esa jurisprudencia sobre el modelo europeo resultan más complejos de evaluar.⁴²¹

El último de los niveles de protección de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos europeos es el que aportan las “tradiciones constitucionales de los Estados miembros”.⁴²² Si el valor jurídico del CEDH ha sido objeto de amplio debate la situación de los derechos fundamentales en su configuración constitucional nacional ha generado mayores controversias, dando lugar a relaciones no simétricas entre la jurisprudencia del TJUE en materia de derechos y las cortes constitucionales de los distintos Estados miembros. Especialmente tensa es la relación con la Corte constitucional alemana, como consecuencia de la sentencia de esta en relación a la incorporación en el derecho interno alemán de la OEDT.⁴²³

Es evidente que los sistemas jurídicos de cada uno de los Estados miembros están dotados de mecanismos de protección de los derechos y libertades fundamentales,⁴²⁴ y que, en el sistema europeo, los tribunales constitucionales ejercen habitualmente ese papel, incluso en los aspectos relativos al derecho internacional. El problema que se plantea en este caso es el de determinar cuál es el valor de esta dimensión nacional de los derechos fundamentales en el marco europeo, es decir, hasta qué punto los tribunales constitucionales están vinculados por la configuración de los derechos a nivel europeo o bien pueden, al aplicar normas de derecho europeo, seguir empleando sus propios estándares. Komárek⁴²⁵ afirma abiertamente que los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros no deberían abrazar el sistema de derechos fundamentales de la Unión Europea. Sin embargo, esta no parece ser la actitud mostrada por los propios Tribunales constitucionales, muchos de los cuales han adoptado como propio el sistema de derechos de la CEDF.⁴²⁶

⁴²⁰ No todos los autores consideran que el impacto real haya sido decisivo. Para un argumento en este sentido *cfr.* J.J. Fawcett, «The impact of article 6(1) of the ECHR on private international law», *International and Comparative Law Quarterly* 56, n.º1 (2007): 1-48.

⁴²¹ Para una evaluación exhaustiva de dichas relaciones en materia civil *vid.* B. Hess, «La influencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el derecho procesal civil europeo», *Anuario español de Derecho internacional privado* XIV- XV (2015-2014): 35-53.

⁴²² Unión Europea, *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*, *op.cit.* nota 94, artículo 67.1.

⁴²³ Mitsilegas, «The constitutional implications of mutual recognition in criminal matters in the EU», *op.cit.* nota 398, 1294 y ss.

⁴²⁴ Así se dispone en el artículo 2 del TUE (*op.cit.* nota 15) que afirma que son valores comunes de los Estados miembros el Estado de Derecho y el respeto de los derechos humanos.

⁴²⁵ J. Komárek, «Why national Constitutional Courts should not embrace EU Fundamental Rights», *Law, Society and Economy Working Papers* 23 (2014): 1-18.

⁴²⁶ Tribunal Constitucional de Austria, Sentencia del Tribunal Constitucional de Austria, de 14 de marzo de 2012, U 466/11-18 y U 1836-11-13 (2012).

I.1.2.2. *La responsabilidad de las autoridades de origen como norma general en el modelo europeo de cooperación judicial.*

En este contexto, es importante tener en cuenta que el modelo europeo de cooperación judicial se basa en la introducción de un mecanismo de automaticidad en la actuación de las autoridades del Estado requerido.⁴²⁷ En mayor o menor medida, dependiendo del sector de que se trate, el legislador europeo ha procedido a eliminar los procedimientos intermedios que habían caracterizado la gestión de las solicitudes de cooperación en el modelo clásico internacional.⁴²⁸ A efectos de protección de los derechos individuales este fenómeno supone la desaparición del instrumento procesal que permitía a las autoridades receptoras verificar que no se produjesen infracciones como consecuencia de la aceptación en solicitudes de cooperación. Ahora bien, el modelo europeo no supone una eliminación consciente de los mecanismos de protección sino que incorpora un cambio categórico de paradigma: la responsabilidad de las autoridades receptoras va a ser sustituida por la responsabilidad de las autoridades de origen y el principio de confianza mutua.⁴²⁹ En este sentido, el principio de confianza mutua actuaría como garantía de que la decisión de origen cumple con todos los requisitos en materia de derechos de las personas interesadas. Sin embargo, como se ha visto con anterioridad, esta afirmación se fundamenta en una presunción de confianza y de equivalencia que no responde a la realidad de la situación actual en el derecho procesal europeo, tanto civil como penal, y en este sentido se ha expresado la literatura⁴³⁰ insistiendo en la idea de que, tal y como se había formulado originalmente, este sistema no protegía suficientemente los derechos fundamentales de las partes.

En cualquier caso, la automaticidad del modelo europeo de cooperación judicial y la aplicación sistemática de los principios de confianza mutua y reconocimiento mutuo supone, como se ha visto,⁴³¹ la desaparición de la posibilidad de controlar, por parte de

⁴²⁷ V. Mitsilegas, «The Limits of Mutual Trust in Europe's Area of Freedom, Security and Justice: From Automatic Inter-State Cooperation to the Slow Emergence of the Individual», *op.cit.* nota 263: 321.

⁴²⁸ *Vid. supra*, capítulo 2, apartado I.2.2.

⁴²⁹ S. Álvarez González, «Orden público y reconocimiento de resoluciones extranjeras: límites a la valoración del Juez nacional y orden público comunitario», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía* 5108 (31 de julio de 2000): 1-4.

⁴³⁰ *Vid. inter alia*, P. Beaumont y L. Walker., «Recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters in the Brussels I Recast and some lessons from it and the recent Hague Conventions for the Hague Judgments Project», *Journal of Private International Law* 11, n.o 1 (2015): 31-63; B. Hess, «The Brussels I Regulation: Recent Case Law of the Court of Justice and the Commission's Proposed Recast», *Common Market Law Review* 49, n.o 3 (2012): 1075-1112; Kramer, «Abolition of Exequatur Under the Brussels I Regulation: Effecting and Protecting Rights in the European Judicial Area.», *op.cit.* nota 227.

⁴³¹ No puede olvidarse la importancia respecto de esta cuestión de la armonización de normas comunes en relación a los conflictos de jurisdicción y la ley aplicable. La existencia de normas de derecho internacional

la autoridad receptora, el fondo del litigio principal, y por lo tanto la imposibilidad de rechazar el reconocimiento de una resolución o una solicitud de cooperación por una:

“divergencia entre la norma jurídica aplicada por el tribunal del Estado de origen y la que habría aplicado el tribunal del Estado requerido si se le hubiese sometido a él el litigio. Asimismo, el tribunal del Estado requerido no puede controlar la exactitud de las apreciaciones de hecho o de Derecho que realizó el tribunal del Estado de origen”.⁴³²

I.1.2.3. *La cláusula de orden público y el principio de ne bis in ídem como mecanismos de protección de los derechos humanos.*

Ahora bien, esta automaticidad que caracteriza al modelo europeo de cooperación judicial “no elimina del todo la soberanía procesal del Estado miembro cuando este considera que existen elementos irrenunciables de derecho a un juicio justo”.⁴³³ Este resquicio de soberanía en materia de protección de garantías procesales se articula a través de la invocación del orden público como límite a la cooperación judicial *ad intra* en la Unión Europea. Esta posibilidad ha sido admitida ampliamente por la doctrina y por la jurisprudencia del TJUE. Resulta especialmente relevante en este sentido la argumentación empleada por el tribunal en el Asunto Krombach⁴³⁴ ya en el año 2000. Se trataba de un caso de reconocimiento y ejecución en Alemania de una sentencia dictada en Francia condenando a un ciudadano alemán, residente en Alemania, al pago de una indemnización resultante de su responsabilidad civil asociada a un delito. Ante la solicitud de reconocimiento y ejecución de la decisión en Alemania el demandado alega que, en el procedimiento principal, se ha producido una violación de sus derechos fundamentales al no permitírsele a su abogado realizar la defensa de sus intereses como consecuencia de no haberse presentado personalmente dicho demandado. El TJUE aprovecha la oportunidad que le brinda este caso para declarar que, a pesar de que la determinación del contenido del orden público nacional corresponde a cada Estado, es tarea de la corte europea fijar los límites de que estos disponen para rechazar el reconocimiento de una decisión emanada de otro Estado miembro invocando la cláusula

privado comunes ha contribuido ampliamente a la consideración de la solución del litigio principal como equivalente, especialmente en aquellos casos, potencialmente propensos a la aplicación de instrumentos de cooperación judicial, que presentan lazos con varios Estados miembros.

⁴³² Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto Krombach, *op.cit.* nota 273, párrafo 36.

⁴³³ Salerno, «Competenza giurisdizionale, riconoscimento delle decisioni e diritto al giusto processo nella prospettiva europea», *op.cit.* nota 397, 912.

⁴³⁴ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto Krombach, *op.cit.* nota 273.

de orden público.⁴³⁵ Así el TJUE consideró que, como norma general, a pesar de la confianza que se deben los Estados miembros, y del sistema de reconocimiento simplificado que caracteriza al modelo europeo de cooperación, los Estados conservan la posibilidad de:

“aplicar la cláusula de orden público que figura en el artículo 27, número 1, del Convenio, en el caso de que el reconocimiento o la ejecución de la resolución dictada en otro Estado contratante choque de manera inaceptable con el ordenamiento jurídico del Estado requerido, por menoscabar un principio fundamental”.⁴³⁶

Ahora bien, el tribunal añade que:

“Para respetar la prohibición de revisión en cuanto al fondo de la resolución extranjera, el menoscabo debería constituir una violación manifiesta de una norma jurídica considerada esencial en el ordenamiento jurídico del Estado requerido o de un derecho reconocido como, fundamental en este ordenamiento”.⁴³⁷

El Tribunal de Luxemburgo por lo tanto autoriza, en el marco del modelo europeo, al uso de la cláusula de orden público como mecanismo de protección de los derechos de las partes, aunque sometiendo esta posibilidad a una serie de controles y limitaciones que tienen como objetivo impedir que el uso de dicha cláusula se convierta en una reintroducción velada del control de fondo por parte de las autoridades del Estado requerido. En concreto se exige que esta cláusula se emplee solo en aquellas situaciones en las que las garantías que ofrece el Estado de origen y los instrumentos de DIPr aplicables no sean suficientes para asegurar la protección de los derechos, en este caso del demandado, tal y como estos aparecen configurados en el sistema del CEDH.⁴³⁸ El tribunal europeo ha mantenido esta misma línea de argumentación en decisiones posteriores como la del caso Gambazzi,⁴³⁹ sin embargo su consideración de la relación entre los derechos fundamentales y el principio de confianza mutua parece ser distinta en aquellos casos en los que se trata de la aplicación de un instrumento que prevé la eliminación total del procedimiento intermedio de exequátur. Este es el caso de la controvertida decisión en el asunto Aguirre Zarraga.⁴⁴⁰ En estos casos el tribunal considera que “the assessment of whether there is such an infringement falls exclusively

⁴³⁵ *Ibid.*, párrafo 23.

⁴³⁶ *Ibid.*, párrafo 37.

⁴³⁷ *Ibid.*

⁴³⁸ *Ibid.*, párrafo 44.

⁴³⁹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 2 de abril de 2009, C-394-07, Asunto Gambazzi, ECLI:EU:C:2009:219.

⁴⁴⁰ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto Aguirre Zarraga, *op.cit.* nota 270.

within the jurisdiction of the courts of the Member State of origin”⁴⁴¹ y “any legal remedies challenging such lawfulness must be pursued within the legal system of the Member State of origin”.⁴⁴² De este modo en el caso del Reglamento Bruselas IIbis el Tribunal decidió mantener una interpretación estricta en defensa de la automaticidad del sistema de reconocimiento mutuo, manifestando así que la responsabilidad del control de los derechos fundamentales no corresponde a las autoridades del Estado requerido sino a las autoridades de origen.⁴⁴³

Por lo que se refiere al ámbito penal, la compatibilidad entre el sistema europeo de confianza y reconocimiento mutuo y los derechos fundamentales plantea aún mayores problemas.⁴⁴⁴ En este sentido Brants⁴⁴⁵ considera que el ejercicio del poder jurisdiccional en materia penal es una esfera donde los Estados se consideran soberanos y superiores y en la que, por lo tanto, tienden a confiar sólo en aquellas decisiones extranjeras adoptadas en respecto de los mismos estándares mínimos presentes en su propia legislación. En este contexto el uso de la cláusula de orden público como mecanismo para rechazar la asistencia solicitada o el reconocimiento de decisiones en este sector puede resultar especialmente útil para los Estados miembros. Sin embargo, un análisis de la jurisprudencia del TJUE no parece coincidir con esta reflexión puesto que no existen sentencias relativas a la interpretación de la cláusula de orden público como límite a la aplicación de instrumentos de cooperación judicial penal. Por el contrario, uno de los elementos que ha dado lugar a controversias entre Estados miembros en relación a la protección de los derechos fundamentales en este sector, es el de la aplicación del principio de *ne bis in ídem*. Este es el caso de la famosa decisión en el Asunto Mantello⁴⁴⁶ en la que el TJUE hubo de responder a una pregunta clave, en palabras de Mitsilegas, en relación a “whether it should be for the authorities in the executing Member State to define fundamental rights when deciding upon whether to

⁴⁴¹ Kramer, «Cross-border enforcement in the EU: mutual trust versus fair trial? Towards principles of European civil procedure», *op.cit.* nota 260, 221.

⁴⁴² Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto Aguirre Zarraga, *op.cit.* nota 270, párrafo 71.

⁴⁴³ Mitsilegas, «The Limits of Mutual Trust in Europe’s Area of Freedom, Security and Justice», 2012., *op.cit.* nota 263.

⁴⁴⁴ Vermeulen y van Puyenbroeck, «Approximation and mutual recognition of procedural safeguards of suspects and defendants in criminal proceedings throughout the European Union.», *op.cit.* nota 400.

⁴⁴⁵ Brants, «Procedural safeguards in the European Union: too little, too late?», en *European Evidence Warrant: transnational judicial inquiries in the EU*, ed. J. Vervaele (Antwerpen/Oxford: Intersentia Publishing, 2005), 103-19.

⁴⁴⁶ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto Mantello, *op.cit.* nota 342.

recognize and execute a European Arrest Warrant”.⁴⁴⁷ Como explicado con anterioridad,⁴⁴⁸ Mantello se plantea en el marco de una solicitud de OEDE emitida por las autoridades italianas para su ejecución en Alemania. Las autoridades plantean al Tribunal europeo si es posible emplear la cláusula *ne bis in ídem* para rechazar la ejecución de una OEDE, en aquellos casos en los que esta sería aplicable de acuerdo con la ley del Estado de ejecución, pero no según el ordenamiento jurídico del Estado de origen. La OEDE emitida en este caso se refería a un ciudadano italiano en relación a una acusación de participación en una organización criminal y tráfico de drogas. Las autoridades alemanas consideraban que la cláusula *ne bis in ídem* como motivo de rechazo de la ejecución de la OEDE resultaba aplicable, puesto que las autoridades italianas disponían de la información que justificaba la emisión de la OEDE con anterioridad, en un proceso anterior en el que el acusado fue condenado por posesión de droga para su distribución, y decidieron no usarla con el objetivo de perseguir las actividades criminales del conjunto de la organización. El TJUE hubo de analizar bajo que ordenamiento jurídico, el del Estado emisor o receptor, había de interpretarse el concepto “mismos hechos” contenido en el artículo 3.2. de la Decisión marco de 2002.⁴⁴⁹ En este caso la solución proporcionada por la corte no fue la de trasladar la responsabilidad de la protección de los derechos fundamentales del acusado a las autoridades del Estado de origen, sino la de recurrir a su propia jurisprudencia en materia de *ne bis in ídem* y considerar que “a efectos de emisión y de ejecución de una orden de detención europea, el concepto de los «mismos hechos», recogido en el artículo 3, punto 2, de la Decisión marco, es un concepto autónomo del Derecho de la Unión”.⁴⁵⁰

El TJUE ha analizado igualmente cuestiones relativas a la compatibilidad del modelo europeo de cooperación judicial con la protección de derechos fundamentales sustantivos. Es el caso del asunto *Advocaten voor de Wereld*,⁴⁵¹ que a pesar de no referirse a la posibilidad de alegar la cláusula de orden público en su dimensión material, afecta a la interpretación del tribunal respecto de derechos fundamentales no procesales. Se trata de una cuestión prejudicial surgida en el marco de un procedimiento

⁴⁴⁷ Mitsilegas, «The Limits of Mutual Trust in Europe’s Area of Freedom, Security and Justice», *op.cit.* nota 263, 345.

⁴⁴⁸ *Vid. supra*, capítulo 2, apartado II.4.

⁴⁴⁹ Consejo de la Unión Europea, Decisión Marco 2002/584/JAI, *op.cit.* nota 137, artículo 3.2.

⁴⁵⁰ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto Mantello, *op.cit.* nota 342.

⁴⁵¹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 3 de mayo de 2007, C-303/05, Asunto *Advocaten voor de Wereld*, ECLI:EU:C:2007:261.

por el que esta asociación pretendía la anulación de la ley belga de transposición de la Decisión marco por la que se crea la OEDE⁴⁵² por considerar que la eliminación del requisito de doble criminalidad para determinados delitos supone una violación de los principios de legalidad penal e igualdad. El Tribunal rechazó contundentemente ambos argumentos. Por lo que se refiere al principio de igualdad consideró que la definición concreta de los delitos contenidos en el artículo 2.2 de la Decisión marco, que el principio de legalidad penal exige, corresponde a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y en concreto, al ordenamiento del Estado emisor de una OEDE y que, a su vez, estos están limitados, en la definición de los mismos, por el respeto de los derechos contenidos en el artículo 6 del TUE⁴⁵³ que incluye entre otros, el principio de legalidad penal. En relación al principio de igualdad y no discriminación la sentencia argumenta que el hecho de que existan delitos para los que se ha eliminado este requisito de doble criminalidad, y otros para los que no, es una distinción justificada ya que la propia Decisión marco incorpora una serie de criterios objetivos, relacionados con la naturaleza de los delitos y las penas asociadas a los mismos, que determinan que se trata de delitos con el potencial de generar graves afectaciones para la seguridad y el orden público, lo que justifica el tratamiento diferenciado de las personas acusadas por estas infracciones penales.⁴⁵⁴ Las conclusiones alcanzadas en esta decisión suponen el apoyo, por parte del TJUE, al sistema de reconocimiento mutuo en la cooperación judicial penal con independencia de la existencia o no de procesos de armonización del derecho penal sustantivo de los Estados miembros.⁴⁵⁵ Es importante tener en cuenta además que, de nuevo aparece un claro ejemplo del proceso de transferencia a las autoridades del Estado de origen de la responsabilidad de proteger los derechos fundamentales. Vermeulen⁴⁵⁶ considera que la decisión de reenviar la definición de los delitos contenidos en el artículo 2.2 de la Decisión marco al ordenamiento del Estado emisor no es una estrategia adecuada si lo que se pretende es generar confianza entre los Estados miembros. Así lo demuestra la declaración que Alemania ha hecho en relación

⁴⁵² Consejo de la Unión Europea, Decisión Marco 2002/584/JAI, *op.cit.* nota 137.

⁴⁵³ *Tratado de la Unión Europea*, *op.cit.* nota 15, artículo 6.

⁴⁵⁴ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto *Advocaten voor de Wereld*, *op.cit.* nota 451, párrafos 57-58.

⁴⁵⁵ Mitsilegas, «The Limits of Mutual Trust in Europe's Area of Freedom, Security and Justice», *op.cit.* nota 263, 338.

⁴⁵⁶ G. Vermeulen, «Mutual recognition, harmonisation and fundamental (procedural) rights protection», *op.cit.* nota 400, 91.

a la Orden Europea de Investigación⁴⁵⁷ por la cual somete la ejecución de determinadas órdenes a la exigencia de doble criminalidad.⁴⁵⁸

I.1.2.4. *La jurisprudencia del TEDH en el modelo europeo de cooperación judicial,*

EL TJUE no es el único que ha tenido la oportunidad de analizar las cuestiones relativas a la protección de derechos fundamentales en el marco del modelo europeo de cooperación judicial. El TEDH lo ha hecho también en diversas ocasiones como consecuencia de la aplicabilidad del CEDH en la UE.⁴⁵⁹ Esta jurisprudencia abarca la mayor parte de las temáticas vistas hasta el momento en la jurisprudencia del TJUE.⁴⁶⁰ Es especialmente relevante la opinión del TEDH en relación al sistema de transferencia de la responsabilidad de la protección de los derechos fundamentales en el caso de la Unión Europea. En relación a este aspecto la sentencia *Bosphorus*⁴⁶¹ supuso la validación por parte del TEDH de este nuevo paradigma, si bien es importante tener en cuenta que este asunto no está directamente relacionado con cuestiones de cooperación entre varias autoridades judiciales, sino que se refiere a la potencial responsabilidad de un Estado parte por violación del CEDH como consecuencia de la aplicación de normas de derecho europeo.⁴⁶² La argumentación del TEDH para dar respuesta a esta cuestión es, sin embargo extrapolable a la determinación de esa misma responsabilidad en el caso de los Estados, requirentes y requeridos, en el modelo europeo de cooperación judicial. Entrando ya en el texto de la sentencia es importante señalar que Tribunal consideró que en ningún caso la transferencia de soberanía a una organización supranacional supone para los Estados parte del CEDH una excepción de su responsabilidad de asegurar el cumplimiento de los derechos previstos en el Convenio.⁴⁶³ Ahora bien, el TEDH

⁴⁵⁷ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Directiva 2014/41/CE*, *op.cit.* nota 134.

⁴⁵⁸ Como condición para la incorporación de esta Directiva a su ordenamiento interno Alemania mantuvo el derecho de supeditar la ejecución de una orden a la verificación del control de doble criminalidad en una serie de supuestos. En este sentido cfr. artículo 23.2 de la Directiva.

⁴⁵⁹ Aunque son muchos los trabajos sobre esta cuestión que pueden encontrarse en la literatura, tanto nacional como internacional, una clara exposición sobre el impacto del CEDH en el ordenamiento jurídico de la UE puede encontrarse en P. Pescatore, «Les objectifs de la Communauté européenne comme principe d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de justice», *op.cit.* nota 186.

⁴⁶⁰ Sobre la relación entre la jurisprudencia de ambos tribunales *cfr. inter alia*, R. Lecourt, «Cour européenne des Droits de l'Homme et Cour de justice des Communautés européennes», en *Protection of human rights: the European Dimension*, ed. F. Matscher y H. Petzold, 2a ed. (Alemania: Carl Heymanns Verlag, 1989), 335-40.

⁴⁶¹ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 30 de junio de 2005, Asunto *Bosphorus Airways*, 45036/98 (2005).

⁴⁶² Para un análisis detallado del proceso en el caso *Bosphorus* en la literatura española *vid.* A. Guardiola, «TEDH. Sentencia de 30.06.2005 *Bosphorus Airways*, 45036/98. Derecho comunitario y Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.o 28 (2007): 943-57.

⁴⁶³ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Asunto *Bosphorus*, *op.cit.* nota 461, párrafos 153 y 154.

reconoce que, si la organización supranacional prevé mecanismos de protección de estos derechos que resulten equivalentes,⁴⁶⁴ dicha responsabilidad puede verse atenuada en aquellos casos en los que el Estado no disponga, de acuerdo con el derecho de la UE, de ningún margen de apreciación en la aplicación del mismo. Solo se mantendrá la responsabilidad plena para aquellos supuestos en los que exista dicho margen de apreciación.⁴⁶⁵ Es posible ver, por lo tanto, como el TEDH incorpora, a través de lo que se conoce ya como presunción Bosphorus, un reconocimiento del principio de confianza mutua en la protección de los derechos fundamentales⁴⁶⁶ Ahora bien, el TEDH ha intentado clarificar el significado de esa equivalencia y así “indica que se trata de una protección *comparable* y no idéntica a la que ofrece la Convención, ya que exigir una protección idéntica podría ir en contra del interés de la cooperación internacional”.⁴⁶⁷ De nuevo puede observarse un razonamiento por parte del TEDH muy similar al presentado por el TJUE, ahora bien, el primero se ha encargado de especificar que esta presunción de equivalencia es *iuris tantum* y puede ser comprobada para cada caso concreto por el propio Tribunal,⁴⁶⁸ que no pretende en ningún caso dar un cheque en blanco a la Unión en materia de derechos fundamentales.

Esta lógica aplicada por el TEDH en el caso Bosphorus puede, como apuntado anteriormente, aplicarse al caso de la cooperación judicial en la UE. Puede tomarse como ejemplo un supuesto en el que las autoridades del Estado A realizan una solicitud para que las autoridades del Estado B procedan a la relación de un registro de acuerdo con las disposiciones de la Directiva 2014/41 relativa a la orden europea de investigación en materia penal.⁴⁶⁹ El artículo 11 de dicha Directiva prevé que el Estado requerido pueda rechazar la OEI en aplicación de una serie de motivos entre los cuales se encuentra la existencia de “motivos fundados para creer que la ejecución de la medida de investigación indicada en la OEI es incompatible con las obligaciones del Estado miembro de ejecución de conformidad con el artículo 6 del TUE y de la Carta”.⁴⁷⁰ En este caso por lo tanto, y aplicando la argumentación del TEDH, la

⁴⁶⁴ *Ibid.* párrafo 155.

⁴⁶⁵ J. García Roca, «La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración», *Teoría y realidad constitucional*, n.o 20 (2007): 127-43.

⁴⁶⁶ Hess, «La influencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el derecho procesal civil europeo.», *op.cit.* nota 421.

⁴⁶⁷ Guardiola, «TEDH. Sentencia de 30.06.2005 Bosphorus Airways, 45036/98. Derecho comunitario y Convenio Europeo de Derechos Humanos», *op.cit.* nota 462, 951.

⁴⁶⁸ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Asunto Bosphorus, *op.cit.* nota 461, párrafo 155.

⁴⁶⁹ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Directiva 2014/41/CE*, *op.cit.* nota 134.

⁴⁷⁰ *Ibid.*, artículo 11.1 letra f.

responsabilidad en la protección de los derechos fundamentales es compartida entre el Estado emisor de la OEI y el Estado que ha de ejecutarla, puesto que la norma europea deja a este margen de apreciación suficiente para ello.⁴⁷¹ La situación sería distinta en el caso de ejecución por parte de las autoridades de un Estado A de una orden de restitución de un menor emitida por las autoridades de residencia habitual de un menor en el Estado B de conformidad con el Reglamento 2201/2003.⁴⁷² En este caso el Reglamento no prevé la posibilidad de que el Estado requerido pueda entrar a valorar la solicitud, puesto que este instrumento dispone la restitución inmediata del menor y establece que cualquier cuestión ha de ser dirimida ante los tribunales del Estado B. De este modo, y aplicando la sentencia *Bosphorus*, las autoridades del Estado requerido no estarían violando el CEDH puesto que la legislación europea no les concede margen de maniobra, siempre y cuando esta prevea una protección equivalente de los derechos de todos los involucrados.⁴⁷³

Complementariamente a este refrendo generalizado del sistema de atribución de responsabilidades establecido por la Unión Europea en relación al control del respecto de los derechos fundamentales en la cooperación judicial, el TEDH ha revisado casos concretos en la materia, manteniendo en muchas ocasiones una jurisprudencia acorde con las decisiones adoptadas por el TJUE en supuestos similares.⁴⁷⁴ Este es el caso de la

⁴⁷¹ Esta responsabilidad compartida se ve reforzada por lo dispuesto en el apartado 4 de este mismo artículo 11, según el cual en caso de que se produzca el supuesto de duda sobre la existencia de motivos de acuerdo con el supuesto de protección de los derechos fundamentales, la autoridad de ejecución de la OEI puede solicitar información complementaria a la autoridad emisora al fin de solventar las dudas que hayan surgido.

⁴⁷² Consejo de la Unión Europea, *Reglamento (CE) n° 2201/2003*, *op.cit.* nota 232.

⁴⁷³ En esta línea de argumentación encajaría la sentencia del TJUE en el caso del Asunto Aguirre Zárraga, (*op.cit.* nota 270) permaneciendo sin embargo en juego la cuestión delicada de la determinación de la equivalencia en la protección de los derechos fundamentales. El TEDH se ha manifestado igualmente en relación a las obligaciones de revisión por parte del Estado que ha de ejecutar la orden de retorno de un menor de acuerdo con el Reglamento 2201/2003. Así, en los asuntos *Povse v. Austria* (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 18 de junio de 2013, Asunto *Povse v. Austria*, 3890/2011 (2013)), *Šneersone y Kampanella v. Italia* (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 12 de octubre de 2011, Asunto *Šneersone y Kampanella v. Italia*, 14737/09 (2011)) y *Raw v. Francia* (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 7 de junio de 2013, Asunto *Raw y otros v. Francia*, 10131/11 (2013)), el TEDH validó su jurisprudencia *Bosphorus* considerando que, puesto que la norma europea no deja margen de apreciación al Estado de ejecución, la responsabilidad de la protección de los derechos fundamentales recae en el Estado de origen, a quien los interesados han de dirigirse para obtener dicha protección.

⁴⁷⁴ En esta línea se encuentran sentencias como: Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto *Apostolides*, *op.cit.* nota 314; *Ibid.*, Asunto *Povse*. *Cfr.* sobre estas sentencias F. Gascón Inchausti, «El Derecho Procesal Civil Europeo comparece ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: reflexiones a partir de las resoluciones recaídas en los asuntos *Povse c. Austria* y *Avotiņš c. Letonia*», *Cuadernos de derecho transnacional* 6, n.o 2 (2004): 91-111. Sobre la relación entre ambos órganos jurisdiccionales *vid.* G.C. Rodríguez Iglesias y A. Valle Gálvez, «El derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales Nacionales», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.o 2 (1997): 329-76; Douglas-Scott, «A Tale of Two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the Growing European Human Rights Acquis.», *op.cit.* nota 413.

decisión del TEDH en el caso Avotins v. Letonia,⁴⁷⁵ recientemente confirmado por la Gran Sala del TEDH.⁴⁷⁶ Se trata del caso de un ciudadano letón que firmó un reconocimiento de deuda a favor de una compañía chipriota. Ante el impago, dicha compañía obtuvo en Chipre una sentencia dictada en rebeldía que posteriormente pretendió reconocer y ejecutar en Letonia. El argumento del demandado para oponerse a la ejecución se centraba en la idea de que sus derechos habían sido violados, puesto que la sentencia chipriota no le había sido notificada. En este sentido el TEDH consideró que no existía violación de los derechos contenidos en el artículo 6 del CEDH puesto que el demandado debía haber hecho uso de los mecanismos existentes para proteger sus derechos antes los tribunales chipriotas, en lugar de invocar el artículo 34.2 del Reglamento Bruselas I para oponerse a la ejecución en el Estado requerido.⁴⁷⁷ De esta forma la sentencia Avotins supone la aceptación de la jurisprudencia del TJUE en el asunto Apostolides⁴⁷⁸ en relación a la interpretación del concepto de orden público contenido en dicho artículo 34.2 del antiguo Reglamento 44/2001.

En definitiva el modelo de protección de derechos humanos en el ámbito de las relaciones de cooperación judicial entre los Estados miembros se fundamenta en: i) la eliminación de la posibilidad de comprobaciones de fondo por parte del Estado requerido; ii) la transferencia de la responsabilidad a las autoridades de origen; y iii) el uso de las cláusulas de orden público y *ne bis in ídem* como margen de apreciación concedido al Estado de ejecución.

Una vez analizados los instrumentos de que dispone el modelo europeo de cooperación judicial para proteger los derechos fundamentales, cabe preguntarse si estos resultan suficientes para garantizar el equilibrio entre los intereses de todas las partes involucradas, la buena administración de justicia en asuntos transnacionales y la consecución de los objetivos fijados en los tratados en materia de justicia. La jurisprudencia analizada, tanto en lo que se refiere al TJUE como al TEDH, parece arrojar la conclusión de que el sistema puesto en pie ofrece un nivel de protección de los derechos fundamentales en el sistema de cooperación de justicia transnacional en la Unión Europea que puede considerarse equivalente al que proporciona el derecho interno y las obligaciones internacionales de los Estados miembros. Ahora bien no todos

⁴⁷⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de febrero de 2014, Asunto Avotins v. Letonia, 17502/07 (2014).

⁴⁷⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, Sentencia, de 23 de mayo de 2016, Asunto Avotins v. Letonia, 17502/07 (2016).

⁴⁷⁷ M. Weller, «Mutual Trust: In Search of the Future of European Private International Law», *op.cit.* nota 332.

⁴⁷⁸ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto Apostolides, *op.cit.* nota 314.

los actores involucrados parecen compartir esta visión y son muchas las críticas que ha recibido el sistema.⁴⁷⁹ Las autoridades europeas son conscientes de la existencia de estas limitaciones y en los últimos años han procedido a introducir nuevas estrategias para alcanzar un sistema eficaz de cooperación judicial *ad intra*. La primera de estas estrategias es la relativa a la armonización de los derechos de los Estados miembros, fundamentalmente en lo que se refiere a la adopción de estándares mínimos comunes en materia de derecho procesal. En algunos casos específicos, el legislador europeo ha ido más allá introduciendo verdaderos procedimientos europeos unificados⁴⁸⁰ que, sin embargo, continúan haciendo referencia a los ordenamientos nacionales para un amplio número de cuestiones como las relativas a las medidas ejecutorias.⁴⁸¹ Además, algunos de los nuevos instrumentos adoptados a nivel de la UE, especialmente en el ámbito de la cooperación penal, con el objetivo de evitar reticencias por parte de los Estados miembros, y ante la falta de armonización de los derechos penales sustantivos de los mismos, han optado por incorporar directamente en el texto legislativo, como excepción a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo, elementos específicos tales como la reintroducción del criterio de la doble criminalidad.⁴⁸² Dichas cuestiones podrían considerarse incorporadas en el concepto amplio de orden público, pero no estarían cubiertas por la interpretación restrictiva que el TJUE realiza de este concepto en el sistema autónomo del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia.⁴⁸³ Los procedimientos de armonización en el marco del espacio europeo de justicia se analizarán en el siguiente apartado de este trabajo en el contexto de la presentación de los problemas derivados de la indeterminación de la estructura del modelo europeo de cooperación judicial.

⁴⁷⁹ En un informe solicitado por la Comisión Europea y publicado en 2008 una gran mayoría de los profesionales del derecho europeos involucrados en cuestiones transfronterizas manifestaron su opinión de que resultaba necesario adoptar medidas intra europeas para la protección de los derechos fundamentales de carácter procesal de los ciudadanos europeos *vid.* G. Vernimmen van Tiggelen y L. Surano, «Analysis of the future of mutual recognition in criminal matters in the European Union?» (Bruselas: Institute for European Studies, Université Libre de Bruxelles, ECLAN- European Criminal law Academic Network, 2008). Por lo que se refiere a la posición de los Estados miembros *cf.* Vermeulen, «Mutual recognition, harmonisation and fundamental (procedural) rights protection.», *op.cit.* nota 400.

⁴⁸⁰ Se trata fundamentalmente del Procedimiento de escasa cuantía (*op.cit.* nota 103) y del procedimiento monitorio europeo (*op.cit.* nota 103).

⁴⁸¹ Así puede verse en el artículo 21.1 del Reglamento relativo al procedimiento monitorio europeo (*op.cit.* nota 103).

⁴⁸² Consejo de la Unión Europea, Decisión Marco 2008/978/JAI, *op.cit.* nota 133. Se trata por ejemplo de la disposición contenida en el artículo 13.1 letra g de esta Decisión que prevé la posibilidad de rechazar la realización del exhorto cuando esta suponga la posibilidad de comprometer una fuente de información o el uso de información clasificada.

⁴⁸³ Vermeulen, «Mutual recognition, harmonisation and fundamental (procedural) rights protection.», *op.cit.* nota 400.

I.2. La indeterminación de la estructura del modelo europeo de cooperación judicial.

I.2.1. La relación entre el principio de confianza mutua y el principio de reconocimiento mutuo.

Identificar el contenido exacto del principio de confianza mutua resulta complicado, como se ha visto anteriormente en este trabajo, como consecuencia del propio carácter indeterminado del mismo y de su uso ambiguo por parte de las instituciones europeas. Kramer⁴⁸⁴ considera que uno de los mayores obstáculos en esta tarea de definir qué es la confianza mutua se deriva del hecho de que se trate al mismo tiempo de una precondition y de un objetivo, en sí misma, para profundizar en el modelo europeo de cooperación entre autoridades judiciales. Esta dualidad se deriva, en gran medida, de la indeterminación de la relación del principio de confianza recíproca con el principio de reconocimiento mutuo, una relación directa y de gran importancia, de acuerdo con todos los actores involucrados, pero que ninguno de ellos ha explicado con claridad. Con carácter general la confianza mutua suele ser referida como la base o el fundamento que permite la implementación del principio de reconocimiento mutuo, es decir que se trataría de la “condición de posibilidad” del mismo.⁴⁸⁵ El Tribunal de Justicia ha desarrollado esta misma línea de argumentación afirmando que, disposiciones concretas que prevén la aplicación del principio de reconocimiento no podrían existir si no fuese por la confianza mutua que se profesan los Estados miembros. Este es el caso de la interpretación que el TJUE hace del artículo 54 de la Convención de aplicación del acuerdo Schengen en la sentencia Gözütok et Brugge.⁴⁸⁶ En este supuesto la corte europea consideró que dicho artículo:

“implica necesariamente que exista una confianza mutua de los Estados miembros en sus respectivos sistemas de justicia penal y que cada uno de ellos acepte la aplicación del Derecho penal vigente en los demás Estados miembros, aún cuando la aplicación de su propio Derecho nacional conduzca a una solución diferente”.⁴⁸⁷

Desde esta perspectiva la confianza mutua actuaría como el elemento filosófico-político que justifica la posibilidad de basar el modelo europeo en un sistema de

⁴⁸⁴ Kramer, «Cross-border enforcement in the EU: mutual trust versus fair trial? Towards principles of European civil procedure», *op.cit.* nota 260, 218.

⁴⁸⁵ D. Flore, «La notion de confiance mutuelle : l’”alpha” ou l’”oméga” d’une justice pénale européenne», *La confiance mutuelle dans l’espace pénal européen*, 2005.

⁴⁸⁶ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto Gözütok, *op.cit.* nota 97.

⁴⁸⁷ *Ibid.*, párr. 33., párrafo 33.

reconocimiento automático de toda petición o solicitud que proceda de otra autoridad en la que, por principio, se confía puesto que pertenece a un Estado de la Unión Europea. Esta descripción de la relación entre ambos principios puede considerarse mayoritaria en los textos jurídicos y políticos de la Unión y en la jurisprudencia y en la literatura especializada. En este sentido es frecuente encontrar afirmaciones como “mutual trust is also the basis of the mutual recognition of national decisions, which in the field of the free movement of goods and persons has served the Union so well”⁴⁸⁸ que reafirman esta idea de la confianza como base para el reconocimiento. La misma idea puede encontrarse como fundamento de la adopción de la OEDE, primer instrumento de aplicación del principio de reconocimiento mutuo en el ámbito penal, ya que en el considerando 10 de la Decisión por la que se crea se afirma que “El mecanismo de la orden de detención europea descansa en un grado de confianza elevado entre los Estados miembros”.⁴⁸⁹ Esta referencia a la confianza como justificación de la adopción de medidas de reconocimiento mutuo se ha mantenido a lo largo del desarrollo del espacio europeo de justicia penal. Aparece de este modo en la mayor parte de los instrumentos de segunda generación, así puede verse también en el caso de la Orden europea de investigación⁴⁹⁰ o en el considerando 8 de la Decisión por la que se establece un Exhorto Europeo de Protección de Pruebas.⁴⁹¹ Esta misma perspectiva ha sido la adoptada en el ámbito de la justicia civil, aunque ha de tenerse en cuenta que en este caso las referencias a la confianza mutua son más frecuentes en los documentos de tipo político y aparece en menor número en el caso de las declaraciones de motivos de los instrumentos concretos adoptados. Así, puede encontrarse excepcionalmente en el considerando 18 del preámbulo al título ejecutivo europeo que dispone que:

“El principio de confianza recíproca en la Administración de justicia de los Estados miembros justifica que el órgano jurisdiccional de un Estado miembro considere que se cumplen todas las condiciones de la certificación como título ejecutivo europeo para permitir que una resolución resulte ejecutiva en todos los demás Estados miembros, sin que los órganos jurisdiccionales de aquél en que la resolución deba ejecutarse procedan a revisar si se han cumplido las normas mínimas procesales”.⁴⁹²

⁴⁸⁸ L.F.M. Besselink, M. Claes, y J.H. Reestman, «Mutual Trust», *European Constitutional Law Review* 2, n.o 1 (2006): 1.

⁴⁸⁹ Consejo de la Unión Europea, Decisión Marco 2002/584/JAI, *op.cit.* nota 137, considerando 10.

⁴⁹⁰ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Directiva 2014/41/CE*, *op.cit.* nota 134.

⁴⁹¹ Consejo de la Unión Europea, Decisión Marco 2008/978/JAI, *op.cit.* nota 133, considerando 8.

⁴⁹² Parlamento Europeo and Consejo de la Unión Europea, *Reglamento (CE) n° 805/2004*, *op.cit.* nota 103, considerando 18.

Sin embargo esta no es la única manera posible de plantear la relación entre la confianza que las autoridades judiciales han de profesarse en un sistema supranacional como el de la Unión Europea y el principio de reconocimiento mutuo de decisiones. En efecto, las propias instituciones europeas han optado, en determinados momentos, por formulaciones distintas de la misma, como es el caso del fallido Tratado por el que se establecía una Constitución europea.⁴⁹³ En dicho Tratado se había incluido, por primera vez, una referencia concreta a la confianza mutua. Esta aparecía en el artículo I-42.⁴⁹⁴ En este caso la configuración de la relación entre ambos se presentaba de manera completamente distinta. Aquí la confianza ya no aparecía como precondition del reconocimiento mutuo, sino al contrario, como consecuencia del mismo. Se trataba de la idea de que la aplicación sistemática del reconocimiento sería lo que permitiría la generación de una confianza recíproca entre las autoridades judiciales europeas, permitiendo el desarrollo eficaz de un espacio de libertad, seguridad y justicia. El texto concreto del artículo disponía que “La Unión constituirá un espacio de libertad, seguridad y justicia: b) fomentando la confianza mutua entre las autoridades competentes de los Estados miembros, basada en particular en el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales”.⁴⁹⁵ A pesar de que el Tratado no llegó a entrar en vigor, y de que el Tratado de Lisboa no retomó la incorporación de la confianza mutua en el texto del mismo, esta perspectiva de que es la aplicación del principio de reconocimiento lo que permite generar una confianza entre las autoridades ha sido retomada por algunos autores. Así, Apap y Carrera consideran que, en relación a la OEDT “the principle of mutual recognition is envisaged not only to achieve an increment in the level of trust and cooperation in the EU”.⁴⁹⁶

Algunos autores consideran, sin embargo, que estas dos visiones de la confianza mutua son en realidad compatibles o que están presentes en distintos momentos en la mentalidad del legislador europeo. Desde esta perspectiva De Schutter⁴⁹⁷ afirma que en el lenguaje de la Unión Europea la confianza mutua es presentada en dos papeles diferentes, un primer papel como precondition técnica para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo y un segundo como principio axiológico del espacio europeo

⁴⁹³ Unión Europea, *Tratado Por El Que Se Establece Una Constitución Para Europa*.

⁴⁹⁴ *Ibid.*, artículo I-42.

⁴⁹⁵ *Ibid.*

⁴⁹⁶ Apap y Carrera, «Judicial Cooperation in Criminal Matters. European Arrest Warrant, a good testing ground for mutual recognition in the enlarged Europe?», *op.cit.* nota 46: 1.

⁴⁹⁷ O. De Schutter, «La contribution du contrôle juridictionnel à la confiance mutuelle», *CRIDHO Working Paper* 6 (2005).

de justicia. La primera de estas dimensiones hace referencia a la confianza como un elemento que ha de ser creado, reforzado y desarrollado desde la Unión Europea. Es aquí donde encajarían todas las medidas adoptadas a nivel europeo para mejorar el nivel de confianza existente entre las autoridades, desde la creación de redes europeas de profesionales⁴⁹⁸ hasta la adopción de instrumentos que imponen estándares o garantías mínimas.⁴⁹⁹ La dimensión axiológica se correspondería, por su parte, con la idea de la confianza mutua desarrollada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la noción de confianza entendida como valor filosófico-político que presume que:

“puesto que todo Estado miembro de la Unión respeta los mismos valores y está ligado por las mismas obligaciones internacionales especialmente en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la cooperación con dicho Estado-en particular en materia de justicia penal – está justificada y solo puede ser rechazada en circunstancias muy excepcionales”.⁵⁰⁰

En definitiva, la idea de que la dificultad en la definición del concepto de confianza mutua se deriva en gran parte de la falta de claridad en cuanto a su posición en el modelo europeo de cooperación judicial⁵⁰¹ parece justificarse. En los últimos años esta cuestión se ha complicado aún más. Así, en los textos más recientes, que algunos autores identifican como de tercera generación,⁵⁰² como es el caso de la Directiva 2016/343 sobre presunción de inocencia y derecho a ser oído⁵⁰³ o la Directiva 2012/29 en materia de estándares mínimos para la protección de las víctimas de delitos,⁵⁰⁴ el legislador europeo ha incluido ya la idea de que la confianza entre autoridades no está a la altura de las expectativas y que es necesario incorporar un elemento intermedio o complementario entre esta y la aplicación del principio de reconocimiento mutuo, una serie de estándares o garantías mínimas. Las cuestiones relativas al papel que juega la armonización de los ordenamientos nacionales, aunque parcial, se analizará a continuación con mayor detenimiento.

⁴⁹⁸ Sobre estas redes y su papel en el modelo europeo de cooperación judicial *vid. infra*, en este mismo capítulo, apartado.

⁴⁹⁹ *Cfr. inter alia* A. Weyembergh, *L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen et évêateur de ses tensions* (Bruxelles: Éditions de l'Université de Bruxelles, 2004); X. Kramer, «Harmonisation of civil procedure and the interaction with private international law», en *Civil litigation in a Globalising World*, ed. X. Kramer y C.H. van Rhee (La Haya: T.M.C. Asser Press, 2012).

⁵⁰⁰ De Schutter, «La contribution du contrôle juridictionnel à la confiance mutuelle», *op.cit.* nota 497, 19.

⁵⁰¹ Kramer, «Cross-border enforcement in the EU: mutual trust versus fair trial? Towards principles of European civil procedure», *op.cit.* nota 260.

⁵⁰² Mitsilegas, «The Limits of Mutual Trust in Europe's Area of Freedom, Security and Justice», 2012., *op.cit.* nota 263.

⁵⁰³ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Directiva (UE) 2016/343*, *op.cit.* nota 149.

⁵⁰⁴ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Directiva 2012/29/UE* *op.cit.* nota 146.

I.2.2. El papel de la armonización de los ordenamientos internos de los Estados miembros.

Tradicionalmente las instituciones europeas han visto la adopción del principio de reconocimiento mutuo como una alternativa que permitía avanzar en el proceso de integración de distintos sectores sin necesidad de proceder a una armonización de los derechos internos de los Estados miembros.⁵⁰⁵ Se trata de una concepción heredada de la aplicación de este principio en la integración de mercados y que se deriva de la intención de aplicar una herramienta que se considera exitosa para poder replicar los resultados en un nuevo sector: la justicia. Desde esta perspectiva, ante las dificultades de obtener de los Estados miembros las cesiones de soberanía necesarias para armonizar un sector tan sensible como el de la justicia, el principio de reconocimiento mutuo permitía alcanzar un espacio de justicia común en el que las resoluciones judiciales circularan libremente y las solicitudes de cooperación no pudiesen ser rechazadas. La armonización de legislaciones se convertía, para las instituciones, en un objetivo a largo plazo, mientras que el reconocimiento mutuo basado en la existencia de confianza recíproca entre las autoridades de los Estados miembros aparecía como la solución inmediata.⁵⁰⁶ Esta visión de reconocimiento y armonización como dos alternativas para solucionar un mismo problema resulta reduccionista puesto que en realidad ambos conceptos “are intertwined and independent and the concept of trust plays an important role in explaining the relation between them”.⁵⁰⁷

En efecto, la relación entre ambos elementos y la posición de la confianza mutua entre autoridades es más compleja de lo que se presentaba en los primeros documentos políticos en materia de justicia europea.⁵⁰⁸ Esta relación ha sido analizada en profundidad por la literatura, especialmente desde la perspectiva de la justicia penal, con la mayor parte de los autores llegando a la conclusión de que un mínimo nivel de acercamiento entre las legislaciones nacionales resulta necesario, con carácter previo, para que la confianza entre autoridades puede desarrollarse en realidad, y el principio de

⁵⁰⁵ M. Tulibacka, «Europeanization of civil procedures: in search of a coherent approach», *Common Market Law review* 46, n.o 5 (2009): 1527-65.

⁵⁰⁶ H. Satzger, «The future of European Criminal Law between harmonization, mutual recognition and alternative solutions», *Journal of European Criminal Law Report* 1, n.o 1 (2006): 27-39.

⁵⁰⁷ G. Davies, “Trust and Mutual Recognition in the Services Directive,” en *Regulating Trade in Services in the EU and the WTO: Trust, Distrust and Economic Integration*, ed. I. Lianos y O. Odudu (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), 99.

⁵⁰⁸ Consejo Europeo, Conclusiones del Consejo de Tampere, *op.cit.* nota 13.

reconocimiento mutuo alcance un nivel adecuado de implementación.⁵⁰⁹ Así, Möstl considera que “the presumption of mutual trust is not a self-sufficient condition for mutual recognition”,⁵¹⁰ sino que es necesario un paso más allá a través de la aproximación del derecho procesal y material de los Estados miembros. La diferenciación entre el concepto de aproximación y el armonización ha sido analizada por diversos autores, la mayoría de los cuales han llegado a la conclusión de que ambos se refieren al mismo proceso, aunque con una diferencia respecto al grado de acercamiento que se realiza entre los sistemas de los distintos Estados. En este sentido los procesos de armonización, sin suponer en ningún caso la centralización total del poder legislativo y la uniformidad de las disposiciones legales, implicarían un alto nivel de acercamiento, mientras que la aproximación se referiría fundamentalmente a la adopción de instrumentos relativos a los estándares y garantías mínimas.⁵¹¹ Dentro de esta línea de pensamiento algunos autores, como De Schutter,⁵¹² consideran que, en efecto, no puede existir entre las autoridades judiciales de los distintos países un nivel de confianza real y suficiente si no tienen a su disposición una serie de instrumentos y mecanismos que les permitan, en primer lugar conocerse y en segundo lugar tener la seguridad de que las decisiones extranjeras alcanzan el nivel de equivalencia suficiente para poder ser incorporadas a su propio ordenamiento. En este sentido propone que las instituciones europeas adopten dos tipos de medidas. En primer lugar se trataría de la creación y refuerzo de redes europeas que permitan a las autoridades mejorar su conocimiento de los sistemas judiciales del resto de países miembros, y en segundo lugar la aproximación de legislaciones, especialmente en relación al derecho procesal.

Las autoridades europeas han sido conscientes desde el principio de la necesidad de adoptar medidas que mejorasen y aumentasen el grado de confianza existente entre autoridades pero dejando al margen las cuestiones relativas a la aproximación de legislaciones. En los últimos años esta tendencia ha cambiado y la Comisión Europea ha comenzado a admitir que un nivel mínimo de armonización puede ser necesario para

⁵⁰⁹ *Cfr. inter alia*, N. L. C. Thwaites, “Mutual Trust in Criminal Matters: The European Court of Justice Gives a First Interpretation of a Provision of the Convention Implementing the Schengen Agreement,” *German Law Journal* 4, no. 3 (2003): 5 –; S. Alegre and M. Leaf, “Mutual Recognition in European Judicial Cooperation: A Step Too Far Too Soon? Case Study—the European Arrest Warrant,” *op.cit.* nota; I. Bantekas, “The Principle of Mutual Recognition in EU Criminal Law,” *op.cit.* nota 400; K. Nicolaïdis, “Trusting the Poles?,” *op.cit.* nota 577; Davies, “Trust and Mutual Recognition in the Services Directive,” *op.cit.* nota 507; Mitsilegas, “The Limits of Mutual Trust in Europe’s Area of Freedom, Security and Justice,” *op.cit.* nota 263.

⁵¹⁰ M. Möstl, «Preconditions and Limits of Mutual Recognition», *op.cit.* nota 154.

⁵¹¹ Weyembergh, *L’harmonisation des législations: condition de l’espace pénal européen et évêlateur de ses tensions*, *op.cit.* nota 499.

⁵¹² De Schutter, «La contribution du contrôle juridictionnel à la confiance mutuelle.», *op.cit.* nota 497.

que los instrumentos de reconocimiento mutuo funcionen eficazmente. En esta línea se ha procedido a la adopción de instrumentos como la Directiva en materia de presunción de inocencia,⁵¹³ en el caso del derecho penal, y la Directiva en relación a la adopción de estándares mínimos para el acceso a la justicia gratuita.⁵¹⁴ Algunos trabajos⁵¹⁵ han argumentado que la adopción del principio de reconocimiento mutuo como piedra angular del sector de justicia europea resultaba útil para las autoridades a nivel europeo puesto que, por una parte tranquilizaba a los Estados reticentes a renunciar a su soberanía en un ámbito tan sensible como es de la justicia – especialmente en el campo penal-, y al mismo tiempo porque preveían que se produjese “a spill-over effect, to the adoption of minimum EU standards in criminal matters and the creation of a level-playing field to accompany mutual recognition”.⁵¹⁶ En gran parte, el trabajo de la Comisión en este sentido estuvo paralizado, durante mucho tiempo, por las dudas que los Estados mantenían en relación a la existencia de competencia europea para la adopción de este tipo de medidas,⁵¹⁷ una situación que cambió, en gran medida, con la adopción y entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

En el derecho primario actual, y en relación a la justicia penal, el artículo 67 del TFUE⁵¹⁸ dispone que en materia de cooperación, tanto policial como judicial, la Unión ha de esforzarse en garantizar un elevando nivel de seguridad para los ciudadanos europeos a través del reconocimiento mutuo de las decisiones judiciales y, en caso de que resulte necesario, a través de la aproximación de las legislaciones penales. En esta misma línea avanza el artículo 82⁵¹⁹ que de nuevo impone límites a la competencia de la UE en la materia, exigiendo que las medidas de aproximación sean necesarias para el desarrollo del reconocimiento mutuo y para la cooperación con relevancia transnacional. Se especifica igualmente que ha de tratarse de normas que dispongan estándares mínimos en relación a: la admisibilidad de pruebas, las garantías procesales, los derechos de las víctimas u otros elementos que el Consejo decida incluir, siempre y

⁵¹³ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Directiva (UE) 2016/343*, *op.cit.* nota 149.

⁵¹⁴ Consejo de la Unión Europea, *Directiva 2003/8/CE*, *op.cit.* nota 102.

⁵¹⁵ V. Mitsilegas, «Trust-building measures in the European Judicial Area in Criminal Matters: issues of competence, legitimacy and inter-institutional balance», en *Security versus freedom: a challenge for Europe's future*, ed. S. Carrera y T. Balzacq (Darmouth: Ashgate, 2006), 279-90.

⁵¹⁶ V. Mitsilegas, «The transformation of Criminal Law in the “Area of Freedom, Security and Justice”», *Yearbook of European Law* 26, n.o 1 (2007): 14.

⁵¹⁷ V. Mitsilegas, «Harmonisation and competence», en *EU criminal law*, Modern Studies in European Law 17 (Oxford: Hart Publishing, 2009), 59-113.

⁵¹⁸ Unión Europea, *Tratado de Funcionamiento de La Unión Europea*, *op.cit.* nota 94, artículo 67.

⁵¹⁹ *Ibid.*, artículo 82.

cuando la decisión se adopte por unanimidad.⁵²⁰ Un margen mayor, desde el punto de vista de las condiciones, pero más limitado en cuanto al ámbito material, es el que el Tratado concede a las instituciones europeas en materia de armonización de los tipos penales y las penas que estos conllevan. En este caso, si se trata de ámbitos comprendidos en el artículo 83.1,⁵²¹ el Parlamento y el Consejo podrán adoptar directivas a través del procedimiento legislativo común. Puede observarse, por lo tanto, como las competencias que el actual marco jurídico concede a la Unión, en materia de armonización del derecho penal, se limitan a la adopción de medidas muy concretas, subordinando en gran medida la posibilidad de proceder a la aproximación a que esta sea necesaria para el funcionamiento del principio de reconocimiento. De modo que ambos procesos ya no se consideran independientes⁵²² sino que la primera se subordina al segundo. La situación es distinta en relación a la cooperación judicial en materia civil. En este caso el artículo 81 del TFUE dispone que la cooperación se basará, para este sector, en el principio de reconocimiento mutuo y que esta cooperación puede incluir la adopción de medidas de aproximación de los ordenamientos jurídicos nacionales.⁵²³ En este caso el proceso de acercamiento no se subordina a su necesidad para el funcionamiento del principio de reconocimiento mutuo, aunque este se mantiene como base del sistema de cooperación. De hecho, el artículo 81.2⁵²⁴ pone al mismo nivel,⁵²⁵ como medidas que podrán adoptarse a través del procedimiento ordinario común,⁵²⁶ las que garanticen el reconocimiento mutuo y las que aseguren “la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros”.⁵²⁷

⁵²⁰ *Ibid.*, artículo 82.2 letra d).

⁵²¹ Estos son: el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada, *vid. Ibid.*, artículo 83.1.

⁵²² A. Nieto Martín, «Fundamentos constitucionales del sistema Europeo de Derecho penal», *Direito e Cidadania* 6, n.º 22 (2005): 40 y ss; Vermeulen y van Puyenbroeck, «Approximation and mutual recognition of procedural safeguards of suspects and defendants in criminal proceedings throughout the European Union», *op.cit.* nota 400, 45.

⁵²³ Unión Europea, *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*, *op.cit.* nota 96.

⁵²⁴ Unión Europea, *Tratado de Funcionamiento de La Unión Europea*, *op.cit.* nota 96, artículo 83.1.

⁵²⁵ Se trata de medidas que, con carácter general, podrán adoptarse en caso de que resulten necesarias para el funcionamiento del mercado interior. Para un análisis más detallado de la relación entre el espacio europeo de justicia y el mercado interior *vid. supra*, capítulo 1, apartado II.1.

⁵²⁶ Se exceptúa de este mecanismo la adopción de medidas en materia de Derecho de familia con repercusiones transnacionales para las cuales la iniciativa legislativa corresponde al Consejo. Este podrá sin embargo delegar su competencia y permitir la adopción a través del procedimiento ordinario, de normas en ciertos aspectos de la materia, si así lo considera oportuno, *vid.* Unión Europea, *Tratado de Funcionamiento de La Unión Europea*, *op.cit.* nota 96, artículo 81.3.

⁵²⁷ *Ibid.*, artículo 81.2 letra f).

Más allá de las condiciones que el TFUE impone para el ejercicio de la competencia en cada uno de los ámbitos de cooperación, civil y penal, en relación a la armonización de las legislaciones nacionales para el correcto funcionamiento del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, es necesario reconocer que la cuestión de la necesidad de dicha armonización ha generado mucho más interés en relación al ámbito penal que en el caso de la justicia civil. En el marco penal Mitsilegas⁵²⁸ identifica la necesidad de proceder a la aproximación en tres sectores, algunos de los cuales coinciden con las competencias incluidas en el TFUE, estos serían: i) el derecho sustantivo en relación a la definición del contenido de los delitos, ii) las normas procesales que dan lugar a las resoluciones que han de reconocerse, y por último iii) las normas relativas a las garantías procesales. El primero de los aspectos hace referencia a la eliminación de la exigencia de doble criminalidad en relación a una serie de delitos por parte de la OEDE.⁵²⁹ La segunda de las áreas identificadas por Mitsilegas se refiere a la necesidad de armonizar instrumentos como las órdenes de embargo o las medidas cautelares, con el objetivo de que, la resolución emitida pueda incorporarse al ordenamiento del Estado reconociente. Por último la Unión Europea habría de proceder a la armonización de los derechos y garantías de las personas afectadas por los procedimientos judiciales que requieran la aplicación de mecanismos transnacionales. Por lo que se refiere al último de los sectores, la necesidad de aproximar las legislaciones internas en relación a las garantías procesales, es aplicable tanto en relación con la justicia penal como civil, como demuestra la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en asuntos como Aguirre Zarraga,⁵³⁰ en relación al derecho de familia.⁵³¹ La labor de aproximación desarrollada hasta el momento en materia civil se ha centrado efectivamente en el sector de las garantías procesales⁵³² y en la armonización del derecho procesal civil a través de la introducción de estándares mínimos.⁵³³

⁵²⁸ Mitsilegas, «Harmonisation and competence.», *op.cit.* nota 517.

⁵²⁹ Consejo de la Unión Europea, Decisión Marco 2002/584/JAI, *op.cit.* nota 137, artículo 2.2..

⁵³⁰ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto Aguirre Zarraga, *op.cit.* nota 270.

⁵³¹ Kramer, «Cross-border enforcement in the EU: mutual trust versus fair trial? Towards principles of European civil procedure», *op.cit.* nota 260; Weller, «Mutual Trust: In Search of the Future of European Private International Law.», *op.cit.* nota 332.

⁵³² Kramer, «Cross-border enforcement in the EU: mutual trust versus fair trial? Towards principles of European civil procedure», *op.cit.* nota 260, 15.

⁵³³ Kramer, «Harmonisation of civil procedure and the interaction with private international law.», *op.cit.* nota 499.

II. Problemáticas de carácter institucional en el modelo europeo de cooperación judicial.

II.1. La independencia judicial como límite a la implementación del modelo europeo de cooperación judicial.

II.1.1. La estructura del poder judicial y su impacto en la implementación del modelo europeo de cooperación judicial.

II.1.1.1. La estructura del poder judicial.

Desde su configuración en el modelo de separación de poderes característico del Estado liberal⁵³⁴ el poder judicial ha estado asociado al requisito de independencia. Se trata de la idea de que, para poder realizar su función de control de la actuación de los poderes públicos, asegurando que estos no actúan de manera arbitraria, y protegiendo los derechos de los ciudadanos, es indispensable que se garantice la actuación independiente de las autoridades judiciales. La Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas (OACDH) considera que, uno de los principios básicos para alcanzar este objetivo es que:

“Los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo”.⁵³⁵

Por su parte, el Consejo Consultivo de Jueces Europeos (CCJE), creado en el marco de actuación del Consejo de Europa,⁵³⁶ ha publicado la Carta Europea sobre el Estatuto para los jueces, un texto que contiene una serie de recomendaciones dirigidas a los Estados miembros del Consejo y que han sido adoptadas con el objetivo de “ensuring the competence, independence and impartiality which every individual legitimately expects from the courts”.⁵³⁷ Por lo que se refiere al ordenamiento jurídico español la

⁵³⁴ R.L. Blanco Valdés, *El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal* (Madrid: Alianza Editorial, 2006).

⁵³⁵ Naciones Unidas, *Resolución 40/32 A/RES/40/32, de 29 de Noviembre de 1985, Séptimo Congreso de las Naciones Unidas Sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente*, 1985; Naciones Unidas, *Resolución A/RES/40/14, de 13 de Diciembre de 1985, Los Derechos Humanos en la Administración de Justicia*, 1985.

⁵³⁶ Para más información sobre esta red internacional de jueces a nivel europeo puede consultarse <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Relacionesinternacionales/Relacionesinternacionalesinstitucionales/Europa/Consejo-Consultivo-de-Jueces-Europeos/>

⁵³⁷ Consejo de Europa, *Carta Europea sobre el estatuto de los jueces*, DAJ/DOC (98) 23, 1998, principios generales, artículo 1.1.

independencia judicial aparece recogida en los artículos 117 y 124 de la Constitución española.⁵³⁸ En el primero de ellos se hace referencia a la administración de justicia por jueces independientes, mientras que el segundo atribuye al Ministerio Fiscal la función de velar por la independencia de los Tribunales. En desarrollo de estas disposiciones, la Ley Orgánica del Poder Judicial⁵³⁹ recoge la obligación *erga omnes* de respetar la independencia judicial en su artículo 13,⁵⁴⁰ mientras que el artículo 14 y siguientes incluyen mecanismos de protección de dicha independencia.⁵⁴¹

La necesaria garantía de la independencia de las autoridades judiciales no significa que no puedan existir mecanismos de control de la actividad de cada juez o cada Tribunal. Dentro de la organización interna del poder judicial existen mecanismos que permiten controlar el buen funcionamiento de la administración de justicia. Se trata, fundamentalmente, de la acción disciplinaria, en lo que se refiere a la corrección de actuaciones ilegales o irregulares, y el mecanismo de recurso por lo que se refiere a la correcta aplicación del derecho. En el caso del sistema español la función disciplinaria, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 122.2 de la Constitución,⁵⁴² corresponde al Consejo General del Poder Judicial a través de la Comisión Disciplinaria y el Promotor Disciplinario⁵⁴³ Los motivos que pueden dar lugar a la incoación de un procedimiento sancionador aparecen regulados de forma taxativa en la LOPJ, puesto que la no determinación de los mismos podría ser considerada como un mecanismo peligroso desde el punto de vista de la protección de la independencia judicial.⁵⁴⁴ A pesar de que el poder judicial responde al principio de independencia existe, en el seno del mismo una organización de tipo jerárquico, como puede observarse en la causa de sanción prevista en el artículo 418.12 de la LOPJ, que califica como falta grave:

“El incumplimiento o desatención reiterada a los requerimientos que en el ejercicio de sus legítimas competencias realizasen el Consejo General del Poder Judicial, el Presidente del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia o Salas de Gobierno, o la obstaculización de sus funciones inspectoras”.⁵⁴⁵

⁵³⁸ Constitución española, *op.cit.* nota 182, artículos 117 y 124.

⁵³⁹ Ley Orgánica 6/1985, *op.cit.* nota 6.

⁵⁴⁰ *Ibid.*, artículo 13.

⁵⁴¹ *Ibid.*, artículos 14 y ss.

⁵⁴² Constitución española, *op.cit.* nota 182, artículo 122.2.

⁵⁴³ Ley Orgánica 6/1985, *op.cit.* nota 6, artículo 605 y Disposición transitoria séptima.

⁵⁴⁴ Naciones Unidas, Resolución 40/32 A/RES/40/32, *op.cit.* nota 535, párrafo 19.

⁵⁴⁵ Ley Orgánica 6/1985, *op.cit.* nota 6, artículo 418.12.

En ocasiones, la aplicación de este artículo puede entrar en conflicto con la obligación de respeto de la independencia judicial que prevé el artículo 12 de esta misma ley.⁵⁴⁶ El ordenamiento jerárquico de las autoridades judiciales puede verse también en el sistema de recursos previsto en los ordenamientos jurídicos constitucionales, un sistema de recursos que permite la corrección de errores en la aplicación del derecho por parte de una autoridad judicial, a través de la presentación de un recurso, en las condiciones legalmente establecidas, ante una autoridad jerárquicamente superior.⁵⁴⁷ La existencia de métodos de impugnación de las decisiones judiciales no es, en el caso de España, como recuerda Ortells⁵⁴⁸ parte del mandato constitucional de tutela judicial efectiva a los ciudadanos, sin embargo responde a una doble lógica: la corrección de errores en la aplicación del derecho o en los juicios de hecho realizados por la autoridad judicial, y la posibilidad, para la parte perjudicada, de obtener una segunda oportunidad.⁵⁴⁹

II.1.1.2. *El impacto de la estructura del poder judicial en el modelo europeo de cooperación judicial.*

Una vez hecha una breve presentación de la estructura del poder judicial, especialmente en lo que se refiere al caso español, cabe plantearse si las características de la misma pueden tener algún tipo de efecto sobre el funcionamiento del modelo europeo de cooperación judicial. Para ello puede tomarse como punto de referencia la implementación de un modelo europeo en lo que se refiere a la cooperación entre autoridades policiales. La cooperación policial en la Unión Europea surge en la década de los años sesenta en el marco de redes informales de cooperación⁵⁵⁰ que sólo años más tarde serían formalizadas a través de grupos de trabajo, como es el caso del Grupo Trevi.⁵⁵¹ El marco de actuación de Schengen supuso la institucionalización definitiva de los contactos entre autoridades policiales en Europa.⁵⁵² Este sector del proceso de integración se incorporaría al marco de la Unión Europea a través del sistema de pilares

⁵⁴⁶ *Ibid.*, artículo 12.

⁵⁴⁷ Para un análisis detallado del sistema de recursos en el derecho procesal español *vid.* M. Ortells Ramos, *Derecho procesal civil*, 7.a ed. (Navarra: Thompson Aranzadi, 2007), 483-554.

⁵⁴⁸ *Ibid.*, 485.

⁵⁴⁹ *Ibid.*, 345.

⁵⁵⁰ D. Bigo, «EU police cooperation: national sovereignty framed by European Security», en *Security versus Justice? Police and judicial cooperation in the European Union*, ed. E. Guild y F. Geyer (Londres: Routledge, 2016).

⁵⁵¹ T. Bunyan, «Trevi, Europol and the European State» (Statewatching the new Europe, 1993).

⁵⁵² *Acuerdo de adhesión del Reino de España al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen*, *op.cit.* nota 205.

introducido por el Tratado de la Unión Europea de 1993, para ser “comunitarizado” posteriormente en el Tratado de Lisboa.⁵⁵³ Esta política se ha centrado fundamentalmente en la implementación de mecanismos que permitan el intercambio de información entre autoridades policiales de los distintos Estados miembros, y en la creación de redes y agencias como Europol, encargadas de facilitar la comunicación y la colaboración operativa entre las mismas.⁵⁵⁴

Junto al impulso político hacia el desarrollo de nuevas formas de cooperación existe además, en el ámbito policial europeo, un interés claro por parte de los profesionales a nivel nacional. Y ello porque estos son conscientes de la existencia de necesidades comunes que solo pueden tratarse en un sistema de cooperación.⁵⁵⁵ Los argumentos relacionados con la soberanía y la autonomía en el ejercicio de sus funciones tienden a proceder del nivel político de decisión, y no del nivel de las autoridades policiales competentes en cada Estado. En ocasiones estas avanzan de forma más rápida, a través de mecanismos de cooperación de carácter informal, que pueden surgir y desarrollarse sin conocimiento o aprobación por parte de los gobiernos de los Estados miembros.⁵⁵⁶ Estos mecanismos informales de cooperación se producen a todos los niveles siendo el más importante la Task Force de Jefes de Policía Europeos.⁵⁵⁷ Este tipo de redes permiten, en numerosas ocasiones que las fuerzas de seguridad puedan trabajar conjuntamente en la superación de los límites impuestos por las diferencias en los sistemas judiciales de persecución de los delitos, o en los poderes concedidos a la policías en cada uno de los Estados miembros.⁵⁵⁸ A pesar de algunas voces discrepantes concretas,⁵⁵⁹ con carácter general se admite que la implementación del sistema de

⁵⁵³ Este proceso forma parte del mismo desarrollo producido en relación a la cooperación judicial en materia penal. En este sentido *cfr. supra*, capítulo 1., apartado II.1.

⁵⁵⁴ Para un estudio más específico de la evolución de la cooperación policial en el marco de la Unión Europea *cfr. inter alia*, M. Anderson y M. Den Boer, eds., *Policing across national boundaries* (New York: Pinter Publishers, 1994); A. Guyomarch, «Problems and prospects for European Police Cooperation after Maastrich», *Policing and Society* 5 (1995): 249-61.

⁵⁵⁵ J. Benyon, «Policing the European Union: the changing basis of cooperation on law enforcement», *International Affairs* 70, n.o 3 (1994): 497-517.

⁵⁵⁶ *Ibid.*, 503.

⁵⁵⁷ La creación de esta red aparecía, como sugerencia en el punto número 44 de las Conclusiones del Consejo de Tampere. Consejo Europeo, Conclusiones del Consejo de Tampere, *op.cit.* nota 13.

⁵⁵⁸ Hugo Brady, «Europol and the European Criminal Intelligence Model: A Non-State Response to Organized Crime», *Policing* 2, n.o 1 (1 de enero de 2008): 103-109.

⁵⁵⁹ W. Bruggeman, «Transformation of Internal Security in Europe. Reflections on How to Bridge the Gap between Political Ambitions and Police Reality: Able and Willing?» (ECPR Conference Constructing WorldOrders, Section 20, «The Transformation of Internal Security», La Haya, 2004).

cooperación policial de la UE puede considerarse como un proceso exitoso.⁵⁶⁰ Como ejemplo de dicho éxito Block indica el alto número de intercambios de información que se producen actualmente.⁵⁶¹ El último informe de la Comisión Europea en materia de Asuntos de interior, de 2014⁵⁶² demuestra que, efectivamente, el número de intercambios producidos ha aumentado rápidamente desde los 5777 en el año 2006 a los 13079 de 2012.⁵⁶³ Existe por lo tanto, lo que podría denominarse una cierta cultura policial europea, un convencimiento por parte de las autoridades policiales de los distintos Estados miembros de que la misión de mantenimiento de la seguridad es una misión a nivel europeo. Así se manifiestan algunos miembros de los cuerpos policiales en las opiniones recogidas por Brady al afirmar que “by making Europe a safer place, we add to the safety and security of this country” o “Our security starts, not just at our own borders, but at the Greek islands or the Finnish frontier”.⁵⁶⁴ En el proceso de desarrollo de una cultura europea ha sido fundamental la adopción, por parte de las autoridades supranacionales, de programas de intercambio y formación dedicados a aumentar el conocimiento, entre las autoridades judiciales nacionales, de las distintas culturas policiales de los Estados miembros. Este proceso de socialización se extiende desde aquellos agentes que participan directamente en estas experiencias hacia el resto de agentes de su organización.⁵⁶⁵

Este proceso resulta más lento en el ámbito de la justicia y ello porque, en el caso del trabajo policial, este es por naturaleza de tipo colaborativo y enmarcado en una estructura jerárquica, mientras que el trabajo judicial es un trabajo individual, o todo más colegiado, enmarcado en un sistema regido por el principio de independencia en el que las injerencias externas son percibidas como amenazas.⁵⁶⁶ Es en este sentido en el que la formación de una cultura europea puede resultar más complejo, puesto que las autoridades judiciales pueden presentar la tendencia a desconfiar de la potencial

⁵⁶⁰ Ludo Block, «Combating Organized Crime in Europe: Practicalities of Police Cooperation», *Policing* 2, n.o 1 (1 de enero de 2008): 74-81; Brady, «Europol and the European Criminal Intelligence Model.», *op.cit.* nota 558.

⁵⁶¹ Block, «Combating Organized Crime in Europe.», *op.cit.* nota 560.

⁵⁶² Comisión Europea, «EU Home affairs background statistics» (Bruselas, 2014).

⁵⁶³ *Ibid.*

⁵⁶⁴ Brady, «Europol and the European Criminal Intelligence model: a non-state response to organized crime», *op.cit.* nota, 558.

⁵⁶⁵ F. Arteaga, «La cooperación policial y judicial de la Unión Europea en perspectiva española» (Madrid: Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos, 2004).

⁵⁶⁶ Dicha estructura jerárquica puede verse claramente en el artículo 5.1 letra d) de la Ley orgánica de cuerpos de seguridad (*Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, BOE no 63, de 14 de marzo de 1986, págs. 9604-9616.*) cuando establece que la jerarquía y la subordinación son principios básicos de actuación de los mismos.

“injerencia” extranjera. Esta diferencia de perspectiva se ve reflejada en la organización de los poderes que, dentro del sistema institucional español, tienen concedidos los órganos de representación de España ante las agencias europeas, en el ámbito judicial y policial, especialmente en aquellos casos en los que la actuación de las autoridades nacionales competentes no sea satisfactoria a efectos de una buena cooperación. Si tomamos por ejemplo la figura de los funcionarios de enlace en Europol, esta aparece regulada en la Orden INT/28/2013 del Ministerio de Interior, en la que se dispone que la Unidad Nacional de Europol tiene la misión de “canalizar y coordinar la cooperación técnica y operativa de la Agencia Europol”⁵⁶⁷ dejando el resto de la regulación a lo dispuesto por la normativa europea en relación a su funcionamiento. En este sentido, el artículo 7.6 del Reglamento Europol⁵⁶⁸ dispone que los miembros de la Unidad Nacional tienen entre sus funciones la de garantizar la eficacia de la comunicación y cooperación entre las autoridades nacionales competentes y Europol. Sin embargo, la normativa nacional no dispone nada al respecto, dejando un amplio margen de actuación a la regulación interna de los cuerpos de policía.⁵⁶⁹

Por el contrario, en el caso de la representación española ante las organizaciones europeas de cooperación judicial el legislador español ha querido establecer en detalle las competencias de los funcionarios nombrados a tal efecto. Así se recoge en la Ley 16/2015 que regula el estatuto del Miembro Nacional de Eurojust y, con carácter general, el de los funcionarios encargados de funciones de cooperación internacional.⁵⁷⁰ Por lo que se refiere al representante ante Eurojust el artículo 10.2 de dicha ley establece

⁵⁶⁷ Ministerio del Interior, *Orden INT/28/2013, de 18 de enero, por la que se desarrolla la estructura orgánica y funciones de los Servicios Centrales y Periféricos de la Dirección General de Policía*, BOE 21, de 24 de enero de 2013, pág. 3663-3690.

⁵⁶⁸ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Reglamento (UE) n° 2016/794 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativo a la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Policial (Europol) y por el que se sustituyen y derogan las Decisiones 2009/371/JAI, 2009/934/JAI, 2009/935/JAI, 2009/936/JAI y 2009/968/JAI del Consejo*, DO L 135, de 24 de mayo de 2016, pág. 53-114. La nueva norma rectora de la Agencia Europea de Policía ha sido aprobada recientemente y entrara en vigor a partir del 1 de mayo de 2017. Ahora bien, en relación a las competencias de los miembros de las oficinas nacionales y los funcionarios de enlace el nuevo texto no supone una modificación substancial respecto de lo dispuesto por la anterior Decisión de Europol.(Consejo de la Unión Europea, *Decisión del Consejo, de 6 de abril de 2009, por la que se crea la Oficina Europea de Policía (Europol)*, DO L121, de 15 de mayo de 2009, pág. 37-66.)

⁵⁶⁹ Esta cuestión plantea importantes problemas en relación a la existencia de distintos cuerpos de seguridad, a distintos niveles competenciales. Sobre el modelo descentralizado de policía y la organización de las relaciones con Europol a nivel interno español *vid.* C.A. Amoedo Soto, «La cooperación policial en la Unión Europea: su repercusión en el modelo español de seguridad pública», *Revista catalana de seguridad pública*, n.o 16 (2006): 43-60.

⁵⁷⁰ *Ley 16/2015, de 7 de julio, por la que se regula el estatuto del miembro nacional de España en Eurojust, los conflictos de jurisdicción, las redes judiciales de cooperación internacional y el personal dependiente del Ministerio de Justicia en el Exterior*, BOE no 162, de 8 de julio de 2015, pág. 56554-56573.

claramente que, todas las propuestas de actuación realizadas por este a una autoridad nacional competente, no serán vinculantes para esta.⁵⁷¹ Es cierto, sin embargo que la negativa a prestar la colaboración debida a Eurojust puede suponer, de acuerdo con el artículo 21.2 de dicha ley, la adopción de medidas disciplinarias.⁵⁷² Ahora bien, estas no están previstas en el régimen disciplinario de jueces y magistrados,⁵⁷³ y en cualquier caso se prevé la posibilidad de que la autoridad requerida pueda rechazar la colaboración, siempre que motive su decisión.⁵⁷⁴ En cambio en el caso del régimen disciplinario de la Policía nacional, previsto en la Ley Orgánica 4/2010,⁵⁷⁵ se considera falta grave “la falta de colaboración manifiesta con otros miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, cuando resulte perjudicado el servicio o se deriven consecuencias graves para la seguridad ciudadana”.⁵⁷⁶

Teniendo en cuenta las diferencias estratégicas en la estructura del poder judicial, y la características particulares del mismo, en un contexto de cooperación transnacional cabe preguntarse si en este caso se ha producido el desarrollo de una cultura judicial europea de cooperación, o bien, si por el contrario estos elementos estructurales han tenido un impacto negativo en la implementación del modelo europeo de cooperación judicial. La respuesta a esta cuestión, a través del estudio del papel del juez nacional en dicho modelo se analizará en el siguiente apartado.

II.1.2. El papel del juez nacional en el modelo europeo de cooperación judicial.

Con carácter general el juez nacional tiene un papel fundamental en el sistema jurídico de la UE puesto que este es, en un sistema descentralizado como el de la Unión, al mismo tiempo juez europeo, en el sentido de que a él compete velar por la correcta aplicación del derecho emanado del legislador europeo. Es al mismo tiempo el encargado de proteger los derechos que las normas europeas otorgan a los ciudadanos y de asegurar el cumplimiento de las obligaciones impuestas a estos.⁵⁷⁷ El TJUE ha

⁵⁷¹ *Ibid.*, artículo 10.2.

⁵⁷² *Ibid.*, artículo 21.2

⁵⁷³ *Ley Orgánica 6/1985, op.cit.* nota 6, artículos 414-427.

⁵⁷⁴ *Ley 16/2015, de 7 de julio, op.cit.* nota 570.

⁵⁷⁵ *Ley Orgánica 4/2010, de 20 de mayo, del Régimen Disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía*, BOE no 124, de 21 de mayo de 2010, pág. 44277-44296.

⁵⁷⁶ En caso de que no se cumplan las condiciones previstas en este artículo la falta de colaboración podrá ser sancionada igualmente como constitutiva de falta grave de acuerdo con el artículo 8 de esta Ley Orgánica. (*Ibid.*)

⁵⁷⁷ La literatura ha dedicado muchos esfuerzos a analizar el papel de las autoridades judiciales nacionales en el sistema de aplicación del derecho europeo. Algunas obras relevantes en este sentido son: en la doctrina internacional F. Snyder, «The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques», *The Modern Law Review* 56, n.o 1 (1993): 19-54; A.M. Slaughter, A. Stone Sweet, y J.H.H.

reforzado esta idea a través de la adopción reiterada de la doctrina del principio de autonomía procesal nacional. Este implica que, en aquellos casos en los que el derecho de la Unión no prevea nada en otro sentido, corresponde a las autoridades nacionales “to designate the courts and tribunals having jurisdiction and to lay down the detailed procedural rules governing actions for safeguarding rights which individuals derive from Community law”.⁵⁷⁸

El papel del juez nacional adquiere, sin embargo, una relevancia particular en el modelo europeo de cooperación judicial puesto que, en este caso, la gran mayoría de normas adoptadas se dirigen a los jueces nacionales como destinatarios directos de las mismas. En primer lugar, el modelo europeo de cooperación convierte al juez nacional en el interlocutor directo al eliminar el sistema de recepción y envío de solicitudes de cooperación a través de las autoridades centrales de los Estados miembros.⁵⁷⁹ El juez nacional es, por lo tanto, el primer elemento que pone en marcha la cadena de cooperación en el sistema europeo. Es cierto, sin embargo, que no está sólo en esta función, sino que puede hacer recurso al conjunto de órganos de apoyo que, tanto su propio Estado como la Unión Europea ponen a su disposición con el objetivo de mejorar la cooperación entre las autoridades de los distintos países.⁵⁸⁰ Corresponde por lo tanto al juez nacional iniciar, en la mayor parte de los supuestos, la solicitud de cooperación por parte de una autoridad de otro Estado miembro. Es evidente que, especialmente en el caso de la cooperación en materia civil, dicha solicitud se producirá como consecuencia de la necesidad expresada por la parte interesada, pero en cualquier

Weiler, *The European Court and national courts. Doctrine and jurisprudence* (Oxford: Hart Publishing, 1998); J. Luther, «Jueces europeos y jueces nacionales: la Constitución del diálogo (en memoria de Louis Favoreu)», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.o 3 (2005); A. Stone Sweet, «The Judicial Construction of Europe», *Political Studies Review* 3, n.o 3 (septiembre de 2005): 429-39; K. Lenaerts, «The Rule of Law and the Coherence of the Judicial System of the European Union», *Common Market Law Review* 44, n.o 6 (2007): 1625-59; R. D. Kelemen, «The Political Foundations of Judicial Independence in the European Union», *Journal of European Public Policy* 19, n.o 1 (2012): 43-58. En el caso de la literatura española destacan P. Pérez Tremps, «Justicia comunitaria, justicia constitucional y tribunales ordinarios frente al derecho comunitario (Comentario a la Sentencia de la Corte Constitucional Italiana num 170-1984, de 8 de junio)», *Revista española de Derecho Constitucional*, n.o 13 (Enero-abril de 1985): 157-81; D. Ruiz-Jarabo, *El juez nacional como juez comunitario* (Madrid: Fundación Universidad Empresa-Editorial Civitas, 1993); D. Ruiz-Jarabo, «El juez nacional como juez comunitario. Valoración de la práctica española», en *El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, ed. G.C. Rodríguez Iglesias y D. Liñán Noguera (Madrid: Editorial Civitas, 1993); A.J. Gil Ibáñez, *El control y la ejecución del derecho comunitario: el papel de las administraciones nacionales y europea* (Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1998).

⁵⁷⁸ V. Skouris, «The principle of procedural autonomy and the duty of loyal cooperation of national judges under article 10 EC», en Tom Bingham and the transformation of the law: a Liber Amicorum, ed. M. Andenas y D. Fairgrieve (Oxford: Oxford University Press, 2009), 495.

⁵⁷⁹ Sobre los mecanismos de transmisión de solicitudes en el modelo europeo de cooperación judicial *cf. supra*, capítulo 2, apartado I.1.2.2.

⁵⁸⁰ Estas agencias y redes de apoyo se estudiarán con mayor detenimiento en este mismo capítulo, *vid. infra*, apartado II.2.2.

caso corresponderá al juez nacional competente valorar la pertinencia y necesidad de realizar una solicitud de cooperación internacional, en el marco Europeo en este caso, para poder proteger adecuadamente los derechos de las partes involucradas.⁵⁸¹

La importancia de la figura del juez nacional se deriva igualmente de la propia estructura del modelo europeo de cooperación judicial. En este sentido, y tal como se ha visto anteriormente en este mismo trabajo dicho modelo se fundamenta en la aplicación del principio de reconocimiento de forma automática, con base en la confianza recíproca entre las autoridades judiciales de los Estados miembros, una confianza que tiene como objeto la equivalencia de la decisión adoptada por la autoridad de origen en términos, especialmente, de protección de los derechos fundamentales de las personas involucradas.⁵⁸² Por lo tanto, la confianza mutua predicada a nivel ideológico en los documentos de la política europea de justicia, ha de manifestarse de manera concreta en la figura de cada uno de los jueces de los distintos Estados miembros, puesto que estos son los competentes para aplicar los distintos instrumentos adoptados. Las instituciones europeas son conscientes de que aumentar esta confianza real entre los jueces nacionales concretos es una de las tareas pendientes, y así lo recoge la Agenda 2020 en materia de justicia.⁵⁸³ En concreto prevé que la confianza ha de reforzarse para que “los profesionales del Derecho y los jueces confíen plenamente en las resoluciones judiciales, independientemente del Estado miembro en el que se hayan dictado”.⁵⁸⁴

Para alcanzar este objetivo la UE ha invertido fundamentalmente en dos líneas de actuación. La primera el control de “la calidad y la eficiencia de los sistemas judiciales y el respeto del Estado de Derecho y el segundo el refuerzo de los programas de formación e intercambio entre autoridades de distintos países”.⁵⁸⁵ El primero de estos sectores ha sido abordado, a nivel político, a través de la adopción de nuevos mecanismos de evaluación de los sistemas de justicia nacional, que permiten conocer la situación real en cada uno de ellos, y programas complementarios de ayuda para la mejora de los elementos problemáticos identificados.⁵⁸⁶ Esta mejora de la calidad hace referencia igualmente al papel de garante de los derechos y libertades fundamentales que ejerce el juez nacional del Estado de origen, y con ciertas limitaciones el juez

⁵⁸¹ R. Arenas García, «Relaciones entre cooperación de autoridades y reconocimiento», *op.cit.* nota 21.

⁵⁸² *Vid. supra*, capítulo 3, apartado I.

⁵⁸³ Comisión Europea, *COM(2014) 144 final*, *op.cit.* nota 276.

⁵⁸⁴ *Ibid.*, página 4.

⁵⁸⁵ Comisión Europea, *COM(2011) 551 final*, de 13 de septiembre 2011, *Crear confianza en una justicia europea. Nueva dimensión de la formación judicial europea*, 2011.

⁵⁸⁶ Las cuestiones relativas a la evaluación de los sistemas de justicia a nivel nacional son objeto de análisis en un momento posterior de este trabajo, *vid. infra*, en este mismo capítulo apartado II.2.1.

nacional del Estado requerido o de reconocimiento, respecto de los individuos participantes en aquellos asuntos que requieran de la aplicación de mecanismos de cooperación judicial en el ámbito de la Unión Europea. Por lo que se refiere a la formación e intercambio, ya en 2011 la Comisión Europea era consciente de que “es imprescindible, para un espacio judicial europeo que se cimente en la confianza y en la aplicación del principio de reconocimiento mutuo, que los profesionales de la justicia mejoren su conocimiento de los distintos sistemas judiciales de Europa”.⁵⁸⁷ Y por ello adoptó un programa de medidas destinadas a esta mejora de la formación de los jueces europeos, encaminándola hacia el desarrollo y la mejora de la confianza mutua.⁵⁸⁸

Todos estos mecanismos de aumento de confianza entre las autoridades de los distintos Estados miembros están encaminados, en definitiva, al desarrollo de una cultura judicial europea, que respete las diferencias entre las culturales legales y judiciales de los Estados miembros, pero que permita trabajar en un espacio único de confianza en el que los ciudadanos puedan obtener la tutela judicial de sus derechos con independencia del lugar en que se encuentren.⁵⁸⁹ Cabe preguntarse, en este sentido, si existe actualmente dicha cultura judicial europea y si es así, cuáles son sus elementos característicos. En relación a esta cuestión puede destacarse el trabajo realizado por el Laboratorio de Teoría del Derecho y el Centro de Investigación en materia penal de la Universidad Paul Cézanne en 2009.⁵⁹⁰ En él se analizan las dificultades y los avances de esta emergente cultura judicial europea a través del concepto de esta manejado por los magistrados europeos y, en particular, por los magistrados más involucrados en el campo de la cooperación judicial internacional y europea.⁵⁹¹ En este estudio se define la cultura judicial europea como:

“una cultura judicial común, un conjunto común de principios y prácticas, destinadas a servir de base a acciones legislativas, a la puesta en práctica de las cláusulas de orden público en los mecanismos de reconocimiento mutuo, a la evaluación comparada de los sistemas judiciales en Europa, fundadora del sentimiento de pertenencia a una cultura judicial común o compartida, a pesar de

⁵⁸⁷ Comisión Europea, *COM(2011) 551 final, op.cit.* nota 585, 5.

⁵⁸⁸ H. Van Harten, «Who is afraid of a true European Judicial Culture?», *Review of European Administrative Law* 5, n.o 2 (2012): 131-152.

⁵⁸⁹ La relación directa entre la mejora de la formación judicial y la aparición de una verdadera cultura judicial europea es reconocida por la propia Comisión Europea. Comisión Europea, *COM(2011) 551 final, op.cit.* nota 585.

⁵⁹⁰ J-L. Bergel et al., «L’emergence d’une culture judiciaire européenne» (Aix-Marseille: Laboratoire de theorie du droit. Centre de recherche en matiere penale, 2009).

⁵⁹¹ *Ibid.*, 9.

las diferencias entre sistemas judiciales y que permite fundamentar la comprensión mutua y la confianza mutua”.⁵⁹²

Sería esta cultura judicial la que las instituciones europeas pretenderían conseguir y la que permitiría alcanzar un nivel de funcionamiento eficiente del modelo europeo de cooperación judicial. Este trabajo, sin embargo, afirma que, junto con estas medidas de desarrollo de una cultura judicial europea, la aplicación del concepto rígido de confianza mutua como una confianza que ha de presuponerse como condición ideal para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo, tanto en muchos de los instrumentos de cooperación adoptados por la Unión,⁵⁹³ como en la jurisprudencia del TJUE,⁵⁹⁴ puede ir en contra de la formación de una verdadera cultura común en la que los jueces de distintos Estados miembros puedan trabajar conjuntamente para alcanzar, en el caso concreto, la mejor solución posible.

En este sentido los magistrados participantes consideran que existen malos entendidos en cuanto a las dificultades en el avance de esta cultura europea. En primer lugar apuntan a las diferencias entre los sistemas jurídicos de los distintos Estados para aclarar que las dificultades se encuentran en realidad en la falta de conocimiento y comprensión de los mismos.⁵⁹⁵ Igualmente consideran que los problemas lingüísticos asociados con la cooperación transnacional se centran, fundamentalmente, en los elevados costes de la traducción de la información.⁵⁹⁶ Desde el punto de vista de los magistrados europeos implicados en funciones de cooperación judicial, la consolidación de la cultura judicial europea pasaría, por lo tanto, por una flexibilización de la aplicación del concepto de confianza mutua y una mejora de los sistemas de formación y conocimiento de los distintos sistemas de los Estados miembros.

⁵⁹² *Ibid.*, 11.

⁵⁹³ Como es el caso, entre muchos otros, de la eliminación de la exigencia de doble criminalidad para el listado de delitos contenidos en el artículo 2.2 de la Decisión marco relativa a las OEDEs (Consejo de la Unión Europea, Decisión Marco 2002/584/JAI, *op.cit.* nota 137, artículo 2.2)

⁵⁹⁴ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto Aguirre Zarraga, *op.cit.* nota 270.

⁵⁹⁵ Bergel et al., «L’emergence d’une culture judiciaire européenne», *op.cit.* nota 590,145.

⁵⁹⁶ *Ibid.*, 146.

II.2. La implementación efectiva del modelo europeo de cooperación judicial.

II.2.1. Los mecanismos de evaluación y control del modelo europeo de cooperación judicial.

II.2.1.1. La evaluación de la aplicación de los instrumentos legislativos europeos.

Con el objetivo de asegurar que el desarrollo de nuevas metas y objetivos dentro del modelo europeo de cooperación judicial se produce de manera coherente, resulta fundamental asegurar que estos avances se fundan en una implementación efectiva de los instrumentos y mecanismos anteriores. Es por ello que, dentro de un análisis sistemático de dicho modelo no puede dejarse de lado el estudio de los mecanismos de evaluación y control de su implementación. La primera de estas dimensiones ha de incluir tanto un análisis cuantitativo de la medida en que, los distintos instrumentos adoptados, son aplicados por las autoridades judiciales competentes a nivel nacional; como un estudio cualitativo que permita al legislador europeo identificar los puntos problemáticos en el proceso de implementación de los mismos.⁵⁹⁷ Por su parte, la dimensión de control hace referencia a la adopción de medidas que corrijan los errores detectados en la fase anterior, y a la posibilidad de imponer a las autoridades nacionales la aplicación correcta de las disposiciones del ordenamiento jurídico supranacional. La tarea de evaluación de los instrumentos en vigor ha sido llevada a cabo tradicionalmente a través de la elaboración, por parte de la Comisión Europea o de expertos externos contratados para la realización de este trabajo, de informes específicos para cada instrumento, que se dirigen al resto de instituciones europeas. A mayores, en determinadas ocasiones, las instituciones europeas encargan a expertos la elaboración de estudios que pueden ser orientados, igualmente a un instrumento, o bien referirse a ámbitos más generales dentro de la política europea de justicia.⁵⁹⁸

En el ámbito civil el primer informe *ad hoc* data de octubre de 2004⁵⁹⁹ y se refiere al estudio de los primeros años de aplicación del Reglamento en materia de notificación.⁶⁰⁰ Este primer análisis concluyó que, a pesar de que sin lugar a dudas el Reglamento

⁵⁹⁷ Sobre la importancia de esta evaluación *vid.* Arenas García, «Abolition of Exequatur: Problems and Solutions – Mutual Recognition, Mutual Trust and Recognition of Foreign Judgments: Too Many Words in the Sea.», *op.cit.* nota 401.

⁵⁹⁸ S. Bariatti y R. Van Galen, «Study on a new approach to business failure and insolvency – Comparative legal analysis of the Member States’ relevant provisions and practices.» (Comisión Europea, 12 de mayo de 2014).

⁵⁹⁹ Comisión Europea, *COM(2004) 603 final de 1 de octubre de 2004, Informe sobre la aplicación del Reglamento (EC) n° 1348/2000 relativo a la notificación en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales*, 2004.

⁶⁰⁰ Consejo de la Unión Europea, *Reglamento (CE) n° 1393/2007*, *op.cit.* nota 100.

suponía una mejora en relación a la transmisión intra-europea de notificaciones y documentos judiciales, “its practical application by the legal professionals of the different Member States requires that all of them become more familiar with using this Regulation and that they also receive the necessary support”.⁶⁰¹ El informe identifica además, como problema recurrente la aparición de diferentes estándares en los distintos Estados miembros que coexisten con el nuevo Reglamento.⁶⁰² La idea del desconocimiento del instrumento legislativo europeo aparece de nuevo, y todavía con más fuerza, en el Informe de 2007 relativo a la aplicación del Reglamento en materia de obtención de pruebas.⁶⁰³ En este informe se constata que el Reglamento ha sido empleado poco por parte de las autoridades nacionales, y que esta falta de aplicación “appears to be attributable either to legal practitioners lack of familiarity with the instrument or to the difficulty of changing previous, well-established habits”.⁶⁰⁴ Es posible observar, por lo tanto, como la introducción de los primeros textos legislativos que respondían ya al nuevo modelo europeo de cooperación judicial, basado en la confianza entre autoridades y el reconocimiento automático de decisiones, dio lugar a un lento proceso de acercamiento a estos por parte de las autoridades nacionales. En el año 2013 la Comisión presentó un nuevo informe⁶⁰⁵ en relación al Reglamento 1393/2007⁶⁰⁶ relativo a la notificación, que había sustituido al anteriormente evaluado.⁶⁰⁷ Este nuevo informe constató que la implementación de este instrumento había avanzado ampliamente⁶⁰⁸ pero que, a pesar de haber mejorado el conocimiento de este por parte de los profesionales en el ejercicio del derecho, algunas cuestiones habían suscitado importantes dudas entre las autoridades nacionales, llevando a algunas de ellas a recurrir a la interpretación del Reglamento por parte del TJUE.⁶⁰⁹ En este sentido la Comisión considera que “a deeper integration within the Union, for instance by way of minimum

⁶⁰¹ Comisión Europea, *COM(2004) 603 final, op.cit.* nota 599, párrafo 6.

⁶⁰² *Ibid.*, 9.

⁶⁰³ Mainstrat, «Study on the application of Council Regulation (EC) N°1206/2001, on cooperation between the courts of the EU countries in the taking of evidence in civil or commercial matter» (Bruselas: Comisión Europea, 2007).

⁶⁰⁴ *Ibid.*, 6.

⁶⁰⁵ Comisión Europea, *COM(2013) 858 final, de 4 de diciembre de 2013, sobre la aplicación del Reglamento (CE) n° 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (notificación y traslado de documentos)*, 2013.

⁶⁰⁶ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Reglamento (CE) n° 1393/2007, op.cit.* nota 100.

⁶⁰⁷ *Ibid.*

⁶⁰⁸ Comisión Europea, *COM(2013) 858 final, op.cit.* nota 193, 7.

⁶⁰⁹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 25 de junio de 2009, C-14/08, Asunto Roda Golf, ECLI:EU:C:2009:395; *ibid.*, Sentencia de 19 de diciembre de 2012, C-325/11, Asunto Alder, ECLI:EU:C:2012:824.

standards on service, may be considered”.⁶¹⁰ Y ello porque uno de los problemas detectados en este informe es el de las desigualdades provocados por las diferencias en los derechos procesales de los Estados miembros.⁶¹¹

Mecanismos similares de evaluación han sido empleados en el marco de la cooperación en justicia penal. Así, el más relevante de los instrumentos en esta material, el procedimiento de la OEDE,⁶¹² ha sido revisado ya en dos ocasiones. Un primer informe de 2006⁶¹³ concluyó que, aunque con un importante retraso respecto de los plazos originalmente previstos, la OEDE había sido introducida en los ordenamientos nacionales de todos los Estados miembros⁶¹⁴ y que esta había supuesto una mejora generalizada en relación a los procedimientos de extradición tradicionales.⁶¹⁵ A pesar de esta valoración general positiva, el informe identifica fallos en la transposición de la Decisión por parte de los Estados miembros relativos, entre otro temas, a la fijación de plazos para la resolución de las OEDEs recibidas o la imposición de exigencias no previstas por la Decisión⁶¹⁶ El segundo informe, de 2011,⁶¹⁷ incorpora ya estadísticas relativas a los siete primeros años de funcionamiento del régimen de la OEDE. En base a dichos datos la Comisión considera que este “ha reforzado indudablemente la libre circulación de personas en la UE al prever un mecanismo eficaz para garantizar que las fronteras abiertas no sean aprovechadas por quienes pretenden eludir la justicia”.⁶¹⁸ Sin embargo, se detecta igualmente la existencia de problemas relativos a la transposición y aplicación por parte de los Estados de la Decisión, al igual que ocurría en el informe de 2006. En este caso dichos problemas se refieren, fundamentalmente, a la protección de los derechos fundamentales de las personas involucradas.⁶¹⁹ No se pretende en este

⁶¹⁰ *Ibid*, 16.

⁶¹¹ *Ibid*, 7.

⁶¹² Consejo de la Unión Europea, Decisión Marco 2002/584/JAI, *op.cit.* nota 137.

⁶¹³ Comisión Europea, COM(2006) 8 final, de 24 de enero de 2006, *Informe de la Comisión basado en el artículo 34 de la Decisión marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, versión revisada*, 2006.

⁶¹⁴ *Ibid.*, 7.

⁶¹⁵ Una mejora que el informe mide en términos de celeridad, eficacia y judicialización de los procedimientos, siempre en el marco del respeto de los derechos fundamentales. *Cfr. Ibid.*

⁶¹⁶ Comisión Europea, COM(2006) 8 final, *op.cit.* nota 613, 6.

⁶¹⁷ Comisión Europea, COM(2011) 175 final, de 11 de abril de 2011, *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación desde 2007 de la Decisión marco del Consejo de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros*, 2011.

⁶¹⁸ *Ibid.*, 3.

⁶¹⁹ Es importante tener en cuenta que, entre la realización de ambos informes se ha producido la aprobación del Tratado de Lisboa y por tanto la entrada en vigor, como texto vinculante, de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Por ese motivo en este informe puede encontrarse un especial énfasis en los aspectos relativos a estas cuestiones.

trabajo analizar cuál ha sido el nivel de implementación de cada uno de los distintos instrumentos aprobados en el ámbito de la cooperación judicial en la Unión, sino simplemente observar el funcionamiento de este tipo de herramientas de evaluación para, en un momento posterior, determinar si en la fase de control las conclusiones alcanzadas por los mismos son tenidas en cuenta.

II.2.1.2. *La evaluación de los sistemas nacionales de administración de justicia.*

En los últimos años, y conscientes de que en el ámbito del espacio europeo de justicia la anunciada confianza mutua entre las autoridades de los Estados miembros y la idea de equivalencia de las decisiones adoptadas en los distintos países respondían más a un deseo ideológico que a una realidad, las autoridades europeas introdujeron la dimensión de la evaluación de los sistemas nacionales de justicia.⁶²⁰ Actuando desde esta nueva perspectiva, en el año 2013 la Unión Europea presenta un nuevo mecanismo de evaluación en el sector de Justicia, los denominados *Justice Scoreboards* o Cuadros de Indicadores de Justicia.⁶²¹ Se trata de un informe anual, publicado por la Comisión Europea, en el que se ofrece información relativa a la administración de justicia por parte de los Estados miembros.⁶²² Si los informes *ad hoc* realizados para cada instrumento se encargaban de evaluar la implementación de los instrumentos de derecho europeo por parte de los Estados miembros y sus autoridades judiciales, este nuevo mecanismo se dirige a evaluar los sistemas de administración de justicia de los países miembros en sí mismos, y con carácter general. Así, si se analiza el primero de estos Cuadros de Indicadores de Justicia, publicado en 2013 es posible observar como en él se estudian aspectos tales como los tiempos de obtención de una respuesta por parte de las autoridades de justicia,⁶²³ las herramientas de monitorización del trabajo de los tribunales existentes a nivel interno,⁶²⁴ el uso de tecnologías de apoyo,⁶²⁵ los mecanismos de resolución alternativa de controversias⁶²⁶ o los sistemas de formación

⁶²⁰ E. Hirsch Ballin, «Towards reinforcing mutual trust: adding evaluation of the quality of national legal systems to EU criminal justice policy. Introductory Speech.», en *An additional evaluation mechanism in the field of EU judicial cooperation in criminal matters to strengthen mutual trust*, ed. M. Dane y A.H. Klip (Tilburg: Celsus Legal Publishers, 2009), 7-16.

⁶²¹ Comisión Europea, *COM(2013) 160 final, op.cit.* nota 326.

⁶²² La creación de este instrumento se enmarca en un programa más complejo denominado Justicia Efectiva que la Comisión Europea puso en marcha como parte de las acciones relativas a la implementación de la Agenda 2020 en materia de justicia. Comisión Europea, *COM(2014) 144 final, op.cit.* nota 276.

⁶²³ Comisión Europea, *COM(2013) 160 final, op.cit.* nota 326, 6 y ss.

⁶²⁴ *Ibid.*, 12 y ss.

⁶²⁵ *Ibid.*, 14 y ss.

⁶²⁶ *Ibid.*, 16 y ss.

continuada disponibles para los jueces.⁶²⁷ El *Scorebord* fue concebido como un instrumento encaminado a obtener un panorama completo de la situación de los sistemas nacionales de justicia, para así proceder a realizar recomendaciones específicas a cada Estado, y mejorar de este modo la administración de justicia en el conjunto de la Unión Europea.⁶²⁸ La Comisión y muchos de los Estados miembros consideraban que este tipo de mecanismos de evaluación podía resultar útiles para aumentar el conocimiento, y por lo tanto la confianza, entre Estados miembros en materia judicial.⁶²⁹ Sin embargo, la mala puntuación obtenida por algunos países en elementos tan importantes como la percepción de la independencia judicial por parte de los ciudadanos⁶³⁰ pueden generar el efecto contrario. Si bien es cierto, que la publicación de estos estudios puede dar lugar a un aumento del interés de los Estados afectados en mejorar la eficiencia, calidad e independencia de sus sistemas judiciales, el impacto directo que estos datos puedan tener en la confianza real entre autoridades, puede resultar peligroso para el correcto funcionamiento del modelo europeo de cooperación judicial. Puesto que dicho impacto se produce a corto plazo, mientras que las reformas introducidas a nivel nacional verán sus frutos a medio o largo plazo, y estos tardarán un tiempo aún mayor en ser conocidos por las autoridades de otros Estados miembros.

II.2.1.3. *El control de la implementación del modelo europeo de cooperación judicial.*

Los informes *ad hoc* analizados con anterioridad y los nuevos Cuadros de Indicadores de Justicia permiten, por lo tanto, a las instituciones europeas monitorizar el funcionamiento del sistema europeo de justicia, tanto en relación a la implementación legislativa de los textos adoptados a nivel europeo, como en lo relativo a la buena administración de justicia por parte de las autoridades nacionales, a nivel estructural y con independencia de que estas apliquen derecho de origen supranacional o interno. En este punto es importante analizar de que mecanismos disponen las autoridades europeas para realizar el control de dicha implementación. Es decir, para solventar las problemáticas identificadas a través de los sistemas de evaluación analizados anteriormente.

⁶²⁷ *Ibid.*, 18.

⁶²⁸ *Ibid.*, 2.

⁶²⁹ Hirsch Ballin, «Towards reinforcing mutual trust: adding evaluation of the quality of national legal systems to EU criminal justice policy. Introductory Speech.», *op.cit.* nota 620, 206.

⁶³⁰ Es el caso, entre otros, de países como España e Italia que en Cuadro de 2016 han obtenido malos resultados en términos de percepción de la independencia de las autoridades judiciales. *Vid.* Comisión Europea, «The 2016 EU Justice Scoreboard» (Bruselas, 2016), 35 y ss.

El mecanismo tradicional con el que cuenta la UE para controlar la aplicación del derecho europeo por parte de los Estados miembros se encuentra, como es sabido, en el artículo 258 del TFUE, relativo al procedimiento de infracción.⁶³¹ En él se prevé que en caso de que un Estado miembro no cumpla con sus obligaciones la Comisión Europea tiene la potestad de emitir un dictamen estableciendo un plazo para que se solviente dicha situación. En caso de que el Estado incumpla las indicaciones del Dictamen, la Comisión podrá iniciar un procedimiento ante el TJUE. Ahora bien, este artículo del Tratado no incluye disposiciones específicas en relación a cómo ha de ser el procedimiento puesto en marcha por la Comisión, cuestión que ha generado, a lo largo de los años, mucha confusión entre los Estados miembros,⁶³² y situaciones de indefensión de los ciudadanos particulares como consecuencia de “la tardía depuración de los incumplimientos de los Estados miembros”.⁶³³ A pesar de la solicitud del Parlamento Europeo⁶³⁴ y de las conclusiones en esta línea de la investigación realizada por el Defensor del Pueblo Europeo,⁶³⁵ la Comisión no ha procedido a proponer un nuevo instrumento legislativo que se encargue de dar seguridad jurídica y transparencia a este mecanismo de infracción.⁶³⁶ Se trata, por lo tanto, de un procedimiento, caracterizado por una alta discrecionalidad en la actuación de la Comisión,⁶³⁷ que consta de una primera parte de carácter administrativo, ante la Comisión Europea, y una segunda parte de carácter judicial, ante el TJUE.⁶³⁸ Según los datos extraídos del último

⁶³¹ Unión Europea, *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*, *op.cit.* nota 96, artículo 258. Sobre los procedimientos por infracción *vid. inter alia*, B. Vilà Costa, «El régimen jurídico de las sanciones por infracción a las normas comunitarias», *Revista de Instituciones Europeas* 18 (1991): 805-43.

⁶³² S. Viñuales Ferreiro, *El procedimiento administrativo de la Unión Europea. De la regulación sectorial a la construcción de un régimen general* (Navarra: Thompson Reuters-Aranzadi, 2015).

⁶³³ I. Ibañez García, «¿Funciona el procedimiento de infracción del Derecho de la Unión Europea?», *Diario La Ley* 8792 (2016).

⁶³⁴ Parlamento Europeo, *Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de enero de 2013, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre una Ley de procedimiento administrativo de la Unión Europea*, (2012/2024 (INL)), 2013; Parlamento Europeo, *Comisión de asuntos jurídicos, Proyecto de informe sobre el control de la aplicación del Derecho de la Unión- Informe anual de 2014*. (2015/2326).

⁶³⁵ Defensor del Pueblo Europeo, *La Comisión como guardiana de los Tratados: artículo 258 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo artículo 226 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea)*, OI/3/2009/MHZ, 2010.

⁶³⁶ Si bien la Comisión lanzó el creado el Programa EU Pilot con la intención de simplificar y agilizar los procedimientos de infracción, el Defensor del Pueblo considero que este esfuerzo no era suficiente. *Vid.* Defensor del Pueblo Europeo, *The Commission's handling of infringement complaints under the 'EU Pilot'*, *Asunto OI/5/2016/AB*, 2016.

⁶³⁷ I. Ibañez García, «El “poder discrecional” de la Comisión Europea en los procedimientos de infracción», *CEF Legal*, n.o 143 (2012).

⁶³⁸ A.J. Gil Ibáñez, «The “standard” administrative procedure for supervising and enforcing EC law: EC Treaty articles 226 and 228», *Law and Contemporary problems* 68 (2004): 135-60; C. Harlow y R. Rawlings, «Accountability and law enforcement: the centralized EU infringement procedure», *European Law Review* 31, n.o 4 (2006): 447-75; M. Fuertes, *Un procedimiento administrativo para Europa* (Navarra: Thompson Reuters-Aranzadi, 2012); M. Sampol Pucurrull, «Los procedimientos de infracción. ¿Hay bases para una

Informe anual sobre el Control de la aplicación del Derecho Europeo, de 2014,⁶³⁹ la Comisión Europea, abrió durante ese año un total de 893 procedimientos administrativos de infracción en fase pre-contenciosa, mientras que en el mismo año el TJUE dictó 38 sentencias en la materia, de las cuales un 92% por ciento fueron resueltas a favor de la Comisión Europea. De los 893 procedimientos abiertos, 82 correspondían a temas de justicia. Es interesante además tener en cuenta que este informe hace una referencia específica a las cuestiones relativas a la cooperación judicial y policial en materia penal que no forman parte de estas estadísticas puesto que, solo a partir del 1 de enero de 2015 pasaron a estar sometidas al control por parte del TJUE y de la Comisión.⁶⁴⁰

A mayores del control de la aplicación del derecho europeo por parte de los Estados miembros, en el marco del Programa de Justicia Efectiva, la Unión Europea ha previsto la posibilidad de adoptar medidas dirigidas a corregir los problemas detectados en los sistemas de justicia nacionales. Se trata, en primer lugar de las Recomendaciones específicas⁶⁴¹ que la Comisión Europea puede hacer a los distintos Estados miembros como consecuencia de los resultados del Cuadro anual de Marcadores de Justicia. En el caso de 2015 estas recomendaciones específicas, en materia de mejora de la eficiencia de los sistemas de justicia, fueron dirigidas a Italia, Croacia, Letonia y Eslovenia, mientras que otros Estados miembros fueron puestos bajo monitorización de la Comisión.⁶⁴² En 2016 las recomendaciones se dirigieron a Bulgaria, Croacia, Italia, Chipre, Portugal y Eslovaquia, mientras que España, entre otros, fue puesta bajo la acción de monitorización por parte de la Comisión Europea.⁶⁴³ Cabe preguntarse, sin embargo, cuál es la eficacia de estas recomendaciones y en qué medida la Unión Europea puede ejercer presión para que estas se cumplan, es decir, determinar si se trata de una auténtica medida de control de la calidad de la justicia en los Estados miembros, puesto que esta se considera indispensable para que la confianza mutua pueda alcanzarse.

codificación?», en *Procedimiento Administrativo Europeo*, ed. J.E. Soriano García (Navarra: Civitas-Thomson Reuters, 2012), 555-59.

⁶³⁹ Comisión Europea, *COM(2015) 329 final, de 9 de julio de 2015, Informe de la Comisión de Control de la aplicación del Derecho de la Unión. Informe anual 2014.*

⁶⁴⁰ *Ibid.*, 24-25.

⁶⁴¹ Comisión Europea, *European Semester Thematic Fiche, Effective Justice Systems*, 2015, 8.

⁶⁴² Para una información completa sobre el contenido de las recomendaciones de 2015 *cfr.* http://ec.europa.eu/europe2020/making-it-happen/country-specific-recommendations/2015/index_en.htm

⁶⁴³ Las recomendaciones de 2016 pueden encontrarse en http://ec.europa.eu/europe2020/making-it-happen/country-specific-recommendations/index_en.htm

Estas recomendaciones específicas en materia de justicia, realizadas por la Comisión Europea y posteriormente adoptadas por el Consejo, se enmarcan en el espectro mucho más amplio de las recomendaciones de reforma previstas por el Pacto de Estabilidad y Crecimiento.⁶⁴⁴ De este modo las cuestiones de justicia aparecen de nuevo, en la historia de la integración europea, ligadas al desarrollo económico de la misma.⁶⁴⁵ Incluir los objetivos de mejora de las cuestiones relativas a la administración de justicia como parte de las reformas estructurales del Pacto de Estabilidad y Crecimiento dota a la Comisión de mayor poder de control.⁶⁴⁶ Esto es, a pesar de que las recomendaciones específicas para cada Estado no tienen carácter vinculante jurídicamente, el hecho de que hayan sido incluidas en este marco de actuación las hace susceptibles de generar, en caso de incumplimiento, repercusiones económicas.⁶⁴⁷

Los mecanismos de control expuestos hasta el momento se refieren, en ambos casos al control realizado a nivel político, desde las instituciones de ámbito europeo y hacia las administraciones de los Estados miembros. Solo indirectamente estos mecanismos suponen una acción correctora de las actuaciones de las autoridades judiciales competentes en un caso concreto, puesto que requieren de la intervención de los Estados miembros, y su efectividad depende en gran medida de la voluntad de estos. Así, a nivel europeo, las vías que permiten a los ciudadanos reaccionar ante una aplicación inadecuada de los instrumentos europeos de cooperación judicial son, la incoación de un

⁶⁴⁴ Consejo Europeo, *Resolución del Consejo sobre el Pacto de estabilidad y crecimiento Amsterdam*, 17 de junio de 1997, DO C 326, de 2 de agosto de 1997, pág. 1-2.

⁶⁴⁵ Sobre la relación entre el desarrollo de un espacio europeo de justicia y el objetivo económico de la creación de un mercado interior de libre circulación *vid. supra*, capítulo 1, apartado II.1.

⁶⁴⁶ La lectura de la Resolución del Consejo de 17 de junio de 1997, (Consejo Europeo, *Resolución del Consejo sobre el Pacto de estabilidad y crecimiento Amsterdam*, *op.cit.* nota 644) y de la legislación secundaria en esta materia, demuestra que originalmente este marco de actuación no preveía la inclusión de reformas de tipo no presupuestario. De hecho, en 2004, el Consejo dirige una serie de propuestas al Consejo Europeo para la Mejora de la Implementación del Pacto de estabilidad y crecimiento (Consejo (ECOFIN), *Comunicación del Consejo al Consejo Europeo*, de 21 de marzo de 2005, *Improving the implementation of the Stability and Growth Pact*), y entre estas se introduce una referencia directa a la importancia de las reformas estructurales pero limitadas a aquellas que “have direct long-term cost-saving effects, including by raising potential growth, and therefore a verifiable positive impact on the long term sustainability of public finances”. (*Ibid.*, 11). La incorporación de las cuestiones de justicia pasa por lo tanto por justificar dicho impacto. La Agenda Europea 2020 en materia de justicia (Comisión Europea, *COM(2014) 144 final*, *op.cit.* nota 276) se encargó de establecer esta conexión al afirmar que, recientemente, “la política de la UE en materia de justicia se ha orientado también en apoyo de la recuperación económica, el crecimiento y las reformas estructurales”. (*Ibid.*, 3)

⁶⁴⁷ Consejo Europeo, *Resolución del Consejo sobre el Pacto de estabilidad y crecimiento Amsterdam*, *op.cit.* nota 644, párrafo, 3. Y para los países de la zona Euro *vid.* Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Reglamento (UE) nº 1173/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, sobre la ejecución efectiva de la supervisión presupuestaria en la zona del euro*, DO L 306 de 23 de noviembre de 2011, pág. 1-7.

procedimiento de infracción ante la Comisión Europea⁶⁴⁸ o bien a través del TJUE.⁶⁴⁹ En ambos casos el control que ejercen las autoridades europeas requiere, al menos en el ámbito de la cooperación judicial, de la intervención de los Estados miembros en los que se encuentre la autoridad competente. En el primero de los casos el procedimiento de sanción se dirigiría al conjunto del Estado miembro de que se trate, y sería este, en última instancia el encargado de asegurar, frente a las autoridades europeas, la correcta aplicación del derecho europeo. Por lo que se refiere al rol del TJUE, más allá de su participación en el procedimiento de infracción, su rol ante la aplicación incorrecta del derecho europeo se limita a la posibilidad de que los ciudadanos recurran al procedimiento ante el Tribunal General, un procedimiento que se limita a las situaciones en las que la incorrecta aplicación procede de las autoridades europeas y no nacionales.⁶⁵⁰ La mayor responsabilidad en el control de la aplicación del derecho europeo en materia de cooperación judicial por parte de las autoridades judiciales concretas recae, por lo tanto, en manos de los sistemas nacionales de control,⁶⁵¹ dejando a las autoridades europeas como supervisor indirecto, y con pocas posibilidades de intervenir en relación a los supuestos concretos de aplicación o falta de aplicación por parte de un juez específico en un Estado miembro determinado.

II.2.2. El papel de las agencias.

II.2.2.1. Las agencias europeas de cooperación judicial en materia penal.

Al igual que en muchos otros sectores la Unión Europea ha utilizado el sistema de creación de agencias europeas como instrumento para reforzar el avance de una política concreta, en este caso, la política en materia de justicia. En concreto, existen un total de cinco agencias europeas y dos redes europeas con competencias relacionadas con los aspectos de justicia en el territorio de la Unión Europea.⁶⁵² De ellas Eurojust y las Redes Judiciales Europeas, y en menor medida Olaf, tiene atribuidas funciones directamente

⁶⁴⁸ Siempre y cuando la queja del ciudadano se refiera a la actuación de la autoridades de un Estado miembro y no a la de otro particular, y ello a pesar de que, al contrario de lo que ocurre con el acceso al TJUE, los Tratados no disponen específicamente esta posibilidad.

⁶⁴⁹ Unión Europea, *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*, *op.cit.* nota 96, artículo 263.4.

⁶⁵⁰ En efecto el artículo 263.4 del TFUE determina que todo ciudadano puede interponer recurso ante el TJUE “contra los actos de los que sea destinataria o que la afecten directa e individualmente y contra los actos reglamentarios que la afecten directamente y que no incluyan medidas de ejecución” *Ibid.*

⁶⁵¹ Los mismos que se revisan como parte de los Cuadros de Indicadores de Justicia, dentro del apartado dedicado a la calidad de la justicia. *Vid.* al respecto, en el informe de 2016, *op.cit.* nota, páginas 29 y ss.

⁶⁵² Se trata de Eurojust: Unidad de cooperación judicial de la Unión Europea, Europol: Oficina Europea de policía, Cepol: Escuela Europea de policía, Olaf: Oficina Europea anti fraude, EASO: Oficina Europea de Apoyo al Refugiado, la Red Judicial Europea en materia penal y la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil.

relacionadas con la cooperación judicial, bien en materia civil bien en material penal, y forman parte del sistema institucional creado por la Unión para alcanzar el objetivo de desarrollar un verdadero espacio de justicia europeo. A lo largo de los años los objetivos y los mandatos de estas agencias han ido modificándose a medida que la UE adquiría mayores competencias en el materia. Sin embargo, su papel en el modelo europeo de cooperación judicial no es el de autoridades de control sino el de mecanismos de asistencia o coordinación. Este sistema institucional se caracteriza por la división entre el sistema de cooperación penal y el sistema de cooperación civil.

En el ámbito penal la agencia europea clave es Eurojust. La referencia explícita a la creación de Eurojust aparece por primera vez en las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere de 1999.⁶⁵³ El Consejo Europeo decidía en esta ocasión crear “una unidad integrada por fiscales, magistrados o agentes de policía... cedidos temporalmente... misión de Eurojust consistirá en facilitar la adecuada coordinación de las fiscalías nacionales y en apoyar las investigaciones penales en los casos de delincuencia organizada”.⁶⁵⁴ Las propias conclusiones establecían que el instrumento jurídico de creación de esta unidad había de adoptarse antes de que finalizase 2001. En este mismo año se crea en Bruselas una unidad provisional de cooperación judicial o Unidad Pro-Eurojust. La base jurídica que permitía la constitución de esta nueva agencia europea se encontraba en los artículos 31 y 34.2 c) del Tratado de la Unión Europea.⁶⁵⁵ Eurojust se constituye en base a la 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.⁶⁵⁶ Tras la aprobación de la misma Eurojust se crea oficialmente con sede permanente en La Haya, Holanda. Actualmente esta agencia se encuentra regida por la Decisión 2009/426/JAI por la que se refuerza Eurojust.⁶⁵⁷ Eurojust se caracteriza, en lo referente a su estructura, por un diseño intergubernamental, reflejo de su naturaleza de organismo creado de acuerdo a las normas del antiguo Título VI del Tratado de la Unión Europea.⁶⁵⁸ En su configuración actual, tras la implementación de la nueva regulación de 2008, Eurojust

⁶⁵³ Consejo Europeo, *Conclusiones del Consejo de Tampere*, *op cit.* nota 13.

⁶⁵⁴ *Ibid.*, párrafo 46.

⁶⁵⁵ En su configuración anterior al Tratado de Lisboa.

⁶⁵⁶ Consejo de la Unión Europea, *Decisión 2002/187/JAI, por la que se crear Eurojust para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia*, DO L 63, de 6 de marzo de 2002, pág. 1-13.

⁶⁵⁷ Consejo de la Unión Europea, *Decisión 2009/426/JAI del Consejo de 16 de diciembre de 2008 por la que se refuerza Eurojust y se modifica la Decisión 2002/187/JAI por la que se crea Eurojust para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia*, DO L 138, de 4 de junio de 2009, pág. 14-32.

⁶⁵⁸ Se organiza en torno a 27 representantes nacionales, uno por cada Estado miembro. Dichos representantes, denominados Miembros Nacionales, son nombrados por sus Estados de origen entre jueces, fiscales o policías de igual competencia, *cfr. Ibid.*, artículo 2.1.

puede definirse como un mecanismo híbrido entre un órgano con iniciativa de investigación penal propia y un órgano de coordinación, y ello porque cada país tiene la potestad de definir el nivel de competencias que consigna a su representante.⁶⁵⁹ Con carácter general puede considerarse que, las actividades de asistencia y coordinación constituyen el núcleo central de la misión de Eurojust. Las autoridades nacionales pueden dirigirse a su representante nacional para solicitar que Eurojust intervenga en aquellos casos en los que se requiere una coordinación entre autoridades de distintos países, en el marco de investigaciones complejas relativas a fenómenos criminales que operan en distintos territorios, o bien para solicitar asistencia en sus necesidades relativas a supuestos de criminalidad transnacional.⁶⁶⁰ Destacan dentro de este núcleo de competencias dos en particular. En primer lugar, la capacidad de que los representantes nacionales, actuando colegiadamente, realicen recomendaciones a la autoridades nacionales en relación a la necesidad de iniciar una investigación o de transferir el procedimiento para que sea otro Estado miembro el que proceda a juzgar el asunto.⁶⁶¹ Estas recomendaciones habrán de ser observadas con carácter general por las autoridades nacionales, y en caso de que no sea posible la respuesta habrá de ser justificada.⁶⁶² En segundo lugar, la opción de que los representantes nacionales puedan, con el acuerdo o previa solicitud de autoridades nacionales, realizar actuaciones concretas de investigación, incluyendo, entre otras, la autorización y coordinación de entregas vigiladas.⁶⁶³ En cualquier caso las competencias previstas no suponen una posición de control por parte de la agencia respecto de las autoridades nacionales sino que esta actúa como un consejero externo, bien en coordinación con las autoridades nacionales competentes, bien a petición de las autoridades de otro Estado miembro, para asegurar el buen funcionamiento de la justicia penal en la Unión Europea.

El sistema institucional de la cooperación judicial en materia penal se completa con la Red Judicial Europea en materia penal.⁶⁶⁴ Se trata de una red de puntos nacionales de contacto que trabajan conjuntamente con el objetivo de “facilitar la cooperación judicial

⁶⁵⁹ *Ibid.*, artículo 9 bis.

⁶⁶⁰ Consejo de la Unión Europea, *Decisión 2009/426/JAI*, *op.cit.* nota 657, artículo 6.1 letra c.

⁶⁶¹ *Ibid.*, artículo 7.1 letra a ii).

⁶⁶² *Ibid.*, artículo 8.

⁶⁶³ Este tipo de competencias, previstas en los artículos 9ter, 9quater y 9quinquies de la Decisión de Eurojust, (*Ibid.*) pueden ser objeto de reserva por parte de los Estados miembros en aquellos supuestos en los que existan motivos relacionados con el orden constitucional y los principios fundamentales del sistema judicial penal de cada uno de los países de la Unión Europea.

⁶⁶⁴ Consejo Europeo, *Decisión 2008/976/JAI del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, sobre la Red Judicial Europea*, DO L348, de 24 de diciembre de 2008, pág. 130-134.

entre los Estados miembros”,⁶⁶⁵ además “proporcionarán la información jurídica y práctica necesaria a las autoridades locales... con el fin de permitirles preparar de forma eficaz una solicitud de cooperación judicial en general”,⁶⁶⁶ y “participarán y promoverán la organización de sesiones de formación”.⁶⁶⁷ Se trata, por lo tanto, de un nivel de institucionalización inferior puesto que no se habla ya de una agencia sino del trabajo de representantes nacionales que, en cada uno de los Estados miembros, trabajan apoyando a sus autoridades judiciales para alcanzar una mayor fluidez en la aplicación e implementación del modelo europeo de cooperación. Es igualmente relevante mencionar en este punto la referencia que el artículo 86 del TFUE⁶⁶⁸ hace a la creación de una Fiscalía Europea. En concreto este artículo dispone que “Para combatir las infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión, el Consejo podrá crear, mediante reglamentos adoptados con arreglo a un procedimiento legislativo especial, una Fiscalía Europea a partir de Eurojust”,⁶⁶⁹ competencias ampliables por parte del Consejo Europeo, para incluir todos aquellos supuestos de delincuencia grave que presenten una dimensión transfronteriza.⁶⁷⁰ La idea de crear un órgano fiscal europeo es una idea antigua que aparece ligada, desde el primer momento, al interés de la Comisión Europea por la protección de los intereses financieros de la entonces Comunidad Europea, es decir, por la lucha contra todas aquellas actividades delictivas que suponían un perjuicio para el presupuesto comunitario. De la lectura del párrafo primero de este artículo se deriva que viene a retomarse lo que había sido la idea central de los numerosos proyectos al respecto y en concreto del Corpus Iuris.⁶⁷¹ El motivo de la elección del fraude a los intereses de la Unión como caso de estudio en este proyecto, y de nuevo ahora, como germen de la fiscalía europea puede encontrarse en “la importancia de la protección del presupuesto pero también en la naturaleza transnacional de gran parte del fraude en este ámbito que crea especiales retos para los sistemas de justicia penal de los Estados miembros”.⁶⁷² Ahora bien, el Tratado deja abierta la posibilidad de que los Estados miembros, si así lo desean, puedan ampliar las

⁶⁶⁵ *Ibid.*, artículo 4.1.

⁶⁶⁶ *Ibid.*, artículo 4.2.

⁶⁶⁷ *Ibid.*, artículo 4.3.

⁶⁶⁸ Unión Europea, *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*, *op.cit.* nota 96, artículo 86.

⁶⁶⁹ *Ibid.*, artículo 86.1.

⁶⁷⁰ *Ibid.*, artículo 86.4.

⁶⁷¹ M. Delmas-Marty y J.A.E. Vervaele, *The European Public Prosecutor's Office, en Implementation of the Corpus Iuris in the Member States Vol.1* (Mortsel (Bélgica): Intersentia Publishing, 2000).

⁶⁷² B. Donoghue, «European Public Prosecutor. Will it happen?» (Conferencia Anual Law Society, Budapest, marzo de 2008).

posibilidades de actuación de esta Fiscalía supranacional, para que estas alcancen, de manera general, a todas las manifestaciones de criminalidad organizada frente a las cuales actúan hoy en día Eurojust y Europol. Actualmente el proceso de creación de dicha Fiscalía se encuentra en tramitación⁶⁷³ a través de la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la creación Fiscalía Europea.⁶⁷⁴

II.2.2.2. *Las agencias europeas de cooperación judicial en materia civil.*

Por lo que se refiere a la cooperación judicial en materia civil la institucionalización ha sido mucho menor. El actor principal en este sector es la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil,⁶⁷⁵ una red creada por la Decisión del Consejo de 28 de mayo de 2001.⁶⁷⁶ Al igual que su homóloga en materia penal se trata de una red formada por autoridades judiciales de los distintos Estados miembros que asumen, a mayores de su rol en su organización nacional, el papel de puntos de contacto de esta red, con el objetivo de “...facilitar la cooperación judicial en materia civil y mercantil entre los Estados miembros, incluida la concepción, el establecimiento progresivo y la actualización de un sistema de información para los miembros de la Red”.⁶⁷⁷ La Red Judicial Europea en materia civil y mercantil tiene, por lo tanto, una función de asistencia y cooperación mucho más limitada que la concedida a Eurojust puesto que no se prevé que pueda realizar labores de coordinación ni actuaciones judiciales concretas. Sin embargo, las competencias de esta red abarcan un aspecto que en el caso del derecho penal no ha sido incorporado como consecuencia de su propia naturaleza: la función de asistencia al ciudadano. La Red Judicial Europea civil realiza por lo tanto una doble función. Por una parte, como se ha visto, la de ejercer de enlace y asesoría para las autoridades judiciales nacionales cuando, en el ejercicio de sus funciones, se encuentran ante la necesidad de recurrir a la asistencia por parte de autoridades de otro Estado miembro. Sin embargo, la Red Judicial Europea tiene además la función de informar a los ciudadanos, es decir, tiene la obligación de desarrollar mecanismos de información sobre el modelo europeo de cooperación judicial, en este caso en materia

⁶⁷³ En el momento de redacción de este trabajo el texto se encuentra de nuevo en el Consejo tras las recomendaciones adoptadas por el Parlamento Europeo en su Resolución del 29 de abril de 2015.

⁶⁷⁴ Comisión Europea, *COM(2013) 534 final, de 17 de julio de 2013, Propuesta de reglamento del Consejo relativo a la creación de la Fiscalía Europea*, 2013.

⁶⁷⁵ Se trata de una Red similar a la anteriormente descrita Red Judicial Europea en materia penal. Sin embargo no han de confundirse puesto que se trata de dos organismos completamente diferenciados en su base jurídica.

⁶⁷⁶ Consejo de la Unión Europea, *Decisión 2001/470/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001, por la que se crea una Red Judicial Europea en materia civil y mercantil*, DO L 174, de 27 de junio de 2001, pág. 25-31.

⁶⁷⁷ *Ibid.*, artículo 3.1 letra a.

civil y mercantil, que estén orientados al público en general y no sólo a las autoridades judiciales. Este segundo mandato concedido a esta red se deriva de la idea de que la cooperación en materia civil responde a la necesidad de ofrecer tutela judicial a los particulares para que estos puedan defender sus derechos e intereses en un espacio caracterizado por la libre circulación. Por el contrario, el enfoque de la estructura institucional de la cooperación internacional responde a la necesidad de paliar los efectos negativos de dicha libertad en relación a la mayor complejidad que supone en la lucha contra la criminalidad organizada.⁶⁷⁸ Así, a pesar de la existencia de instrumentos legislativos concretos dirigidos a la protección de las víctimas, esta dimensión no se ha visto reflejada en dicha estructura institucional. Por lo que se refiere a la Red Judicial Europea en materia civil, esta labor de comunicación de cara al público en general se ha concretado fundamentalmente en el desarrollo de herramientas web, un proceso culminado recientemente a través del despliegue del portal E-justice.

II.2.2.3. OLAF.

La última de las agencias que ha de ser considerada en el estudio de la dimensión institucional del modelo europeo de cooperación judicial es la OLAF. A pesar de que no se trata de una agencia creada con el objetivo de mejorar los resultados de la colaboración entre autoridades judiciales, lo cierto es que la naturaleza de sus competencias la acercan a este tipo de cuestiones. Se trata de la agencia anti-fraude de la Unión Europea creada en 1999.⁶⁷⁹ El objetivo de esta oficina es el de luchar contra “el fraude, la corrupción y cualquier otra actividad ilegal que vaya en detrimento de los intereses financieros de las comunidades”⁶⁸⁰ y además perseguir los posibles casos de corrupción que los funcionarios y agentes de la Unión cometan en el ejercicio de sus funciones.⁶⁸¹ Es en el contexto de la primera de estas funciones donde OLAF requiere en numerosas ocasiones el apoyo de otras agencias y redes en materia de cooperación judicial. Así, el último informe anual publicado por esta oficina⁶⁸² afirma que, “OLAF

⁶⁷⁸ Esta idea aparece ya en la Conclusiones del consejo de Tampere (*op.cit.* nota 13) que en su punto 6 afirma que “se precisa un esfuerzo común que prevenga y combata la delincuencia y las organizaciones delictivas en toda la Unión. Es necesaria la movilización conjunta de los recursos policiales y judiciales para garantizar que en toda la Unión no exista lugar alguno donde puedan ocultarse los delincuentes o los beneficios del delito”.

⁶⁷⁹ Actualmente la OLAF se rigen por una Decisión de la Comisión Europea de 2013. Comisión Europea, *Decisión 2013/478/UE de la Comisión, de 27 de septiembre de 2013, que modifica la Decisión 1999/352/CE, CECA, Euratom, por la que se crea la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF)*, DO L 257 de 28 de septiembre de 2013, pág. 19-20.

⁶⁸⁰ *Ibid.*, artículo 2.1 letra a.

⁶⁸¹ *Ibid.*, artículo 2.1. letra b.

⁶⁸² OLAF, «The Olaf report 2015», 2015.

works in partnership with the EU institutions, bodies and agencies, as well as with many administrative, judicial, police and customs authorities in the Member States”⁶⁸³ y también “works with Europol and Eurojust in order to facilitate cooperation and synergies between investigations at national and EU level”.⁶⁸⁴ Se trata de una agencia con verdaderos poderes de investigación y persecución de actividades delictivas, aunque con un ámbito material y subjetivo muy limitado: los delitos contra los intereses de la Unión y los cometidos, en el ejercicio de su actividad profesional, por los funcionarios y agentes de la Unión. Es posible ver cómo, a excepción de esta agencia y de la futura Fiscalía Europea, ambas con un ámbito de actuación muy limitado a los intereses propios de la Unión, el sistema institucional de cooperación judicial no responde a una lógica de control de la actuación de las autoridades judiciales nacionales en su aplicación de las obligaciones en la materia derivadas del ordenamiento jurídico europeo. Por el contrario su objetivo es el de promover entre las mismas un alto grado de aplicación de los mismos, asistiendo en el establecimiento de mecanismos de apoyo y coordinación, que en el caso de la cooperación en ámbito civil se dirigen también al público en general.

III. Conclusiones.

El modelo europeo de cooperación judicial entre autoridades judiciales de los distintos Estados miembros plantea una serie de problemáticas. Estas se refieren tanto a la dimensión jurídica del modelo, su estructura y su interrelación con otros aspectos jurídicos; como al sistema institucional destinado a implementar dicho modelo.

Desde el punto de vista jurídico el primero de los problemas que se plantea es el de la protección de los derechos fundamentales de las personas implicadas en los procedimientos de justicia, intra Unión Europea, con dimensión transfronteriza. Superadas las dificultades a la hora de identificar el marco legislativo de aplicación, en materia de Derechos Humanos en la Unión Europea, resulta crucial determinar a quién corresponde la responsabilidad de esta protección. En el modelo tradicional de cooperación internacional esta recaía, sin lugar a dudas, en las autoridades del Estado receptor de una solicitud de asistencia o reconocimiento. Sin embargo, en el modelo europeo, la introducción del criterio de automaticidad, a través de la aplicación de los principios de reconocimiento y confianza mutua, supone la transferencia de esa

⁶⁸³ *Ibid.*, 22.

⁶⁸⁴ *Ibid.*, 22.

responsabilidad a las autoridades de origen, suprimiendo así los poderes de control del Estado receptor. Este modelo ha sido refrendado por el TJUE y por el TEDH que considera que, si la organización internacional no deja margen de actuación al Estado pero garantiza, al mismo tiempo, un nivel equivalente de protección de los derechos, este último puede considerarse liberado de su responsabilidad en relación al CEDH.

Otro de los problemas jurídicos fundamentales del modelo europeo de cooperación judicial es el que se refiere a la indeterminación de su estructura, y a la posición de los distintos elementos que la conforman. Así, confianza, reconocimiento y armonización son conceptos empleados a lo largo de los años por las instituciones europeas sin que la correlación entre los mismos haya sido definida de forma definitiva. Ahora bien, la evolución parece indicar que, si bien en un principio la armonización o aproximación entre legislaciones de los Estados miembros era considerada como una vía alternativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo, basado a su vez en la presunción de un alto nivel de confianza entre las autoridades judiciales de los distintos Estados, actualmente estos elementos se consideran complementarios. A pesar de que un cierto nivel de confianza mínimo parece necesario para poder hablar de un sistema europeo de justicia, la aproximación de las legislaciones, especialmente en lo que se refiere a la adopción de estándares y definiciones mínimas relativos a los derechos, fundamentalmente procesales de las personas involucradas, podría convertirse en el elemento definitivo para alcanzar un ambiente de confianza satisfactorio en el que el reconocimiento mutuo pudiese alcanzar todo su potencial.

Los problemas a los que se enfrenta el modelo europeo de cooperación entre autoridades judiciales se refieren igualmente a las instituciones llamadas a aplicarlo. En este sentido, la mayor parte de la responsabilidad en la correcta implementación de los instrumentos concretos de derecho europeo recae en el juez nacional, al que este nuevo modelo ha convertido en principal interlocutor. Un juez nacional que por definición, es imparcial e independiente, y ajeno a cualquier injerencia exterior. Un elemento que, junto al desconocimiento de los ordenamientos jurídicos de otros Estados miembros y las limitaciones lingüísticas y de recursos, puede dificultar el desarrollo de una auténtica cultura judicial europea que favorezca la correcta implementación del modelo.

Para evaluar hasta qué punto esta se está produciendo las autoridades europeas disponen de una serie de instrumentos que permiten analizar, tanto el nivel de implementación de cada instrumento legislativo, como la eficiencia, calidad e independencia de los sistemas nacionales de justicia. Mientras que los primeros indican

de manera directa las áreas problemáticas de cada uno de los mecanismos de cooperación disponibles, el segundo de los instrumentos puede generar un efecto potencialmente contrario al deseado. Si el objetivo es el de fomentar la mejora de los sistemas nacionales de administración de justicia para, de este modo, mejorar la justicia europea de forma global, la publicidad inmediata de los problemas presentes en cada Estado puede contribuir a aumentar la desconfianza entre autoridades.

A ello se suma los limitados poderes de control de que dispone la UE en esta materia. Aunque el procedimiento de infracción o la adopción de recomendaciones específicas para un Estado miembro, permiten a la Comisión Europea actuar de forma directa sobre un Estado, esta actuación es limitada en relación al comportamiento concreto de las autoridades nacionales competentes en un caso determinado. El papel de las agencias europeas creadas en este sector es igualmente limitado. A excepción de Eurojust, que en el ámbito penal está dotada de una mayor capacidad operativa, y de OLAF, cuya relación con el modelo europeo de cooperación judicial es solo tangencial, la UE cuenta únicamente con instituciones de apoyo y colaboración con el juez nacional en la aplicación de los instrumentos específicos de cooperación.

CAPÍTULO 4

LA APLICACIÓN EN EL ÁMBITO CIVIL: LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES EN LOS PROCEDIMIENTOS CIVILES

I. Antecedentes.

I.1. La adopción de medidas cautelares en el modelo clásico de cooperación judicial en materia civil.

Los asuntos que presentan elementos de extranjería y a los que resultan aplicables las normas de Derecho Internacional Privado en materia de competencia, reconocimiento de resoluciones y ley aplicable, son igualmente susceptibles de requerir la adopción de medidas en el marco de la tutela cautelar.⁶⁸⁵ Collins define las medidas cautelares y provisionales como aquellas que tienen como objetivo asegurar, durante la duración del procedimiento, la ejecución futura y potencial de la decisión final, y por lo tanto garantizar a futuro la eficacia de la tutela judicial.⁶⁸⁶ Efectivamente esta es la función principal de la tutela cautelar, que en el marco de la doctrina española se define generalmente como “la modalidad de la tutela judicial que está destinada a contrarrestar el riesgo de efectividad de la tutela que pueda ser concedida en el proceso de declaración, mediante una afectación de la esfera jurídica del demandado adecuada y suficiente para producir aquel efecto”.⁶⁸⁷ La LEC define las medidas cautelares en el artículo 726 como aquellas que reúnen las siguientes características:

“1.ª Ser exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente.

⁶⁸⁵ V. Fuentes Camacho, *Las medidas provisionales y cautelares en el espacio judicial europeo: estudio del art. 24 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, con especial referencia a la posición española*, Colección estudios internacionales 19 (Madrid: EUROLEX, 1996), 15.

⁶⁸⁶ L. Collins, «Provisional and protective measures in international litigation», *Collected Courses of the Hague Academy of International Law* 234, n.º 2 (1992): 19.

⁶⁸⁷ M. Ortells Ramos, *Derecho procesal civil*, *op.cit.* nota 547, 928. Aunque son muchas las obras que se han dedicado al estudio de la tutela cautelar en la literatura española, se emplea aquí una definición general y comúnmente aceptada puesto que no es objeto de este trabajo analizar en profundidad dicho concepto, sino que se pretende solo introducir esta temática cuya configuración en el contexto del modelo europeo de cooperación judicial se desarrollará a continuación.

2.^a No ser susceptible de sustitución por otra medida igualmente eficaz, a los efectos del apartado precedente, pero menos gravosa o perjudicial para el demandado.

2. Con el carácter temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación y alzamiento previsto en esta Ley para las medidas cautelares, el tribunal podrá acordar como tales las que consistan en órdenes y prohibiciones de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso, sin prejuzgar la sentencia que en definitiva se dicte”.⁶⁸⁸

Del texto de este artículo pueden extraerse tres de las características principales de las medidas provisionales o cautelares: la temporalidad, la provisionalidad y la instrumentalidad. La primera de estas características hace referencia a la necesidad de que, una vez finalizado el proceso principal la medida tenga que extinguirse, bien porque la pretensión principal se ha desestimado, y por lo tanto ha desaparecido la motivación de la misma, bien porque de haberse estimado, la ejecución de la sentencia substituirá a la misma.⁶⁸⁹ La provisionalidad, por otra parte, evoca la idea de que en cualquier caso la medida ha de ser susceptible de levantarse o modificarse en función de los desarrollos que se produzcan en el procedimiento declarativo principal.⁶⁹⁰ Pero sin lugar a dudas, el elemento más característico de las medidas cautelares es su carácter instrumental respecto del proceso principal. Es decir que, la adopción de una medida cautelar o provisional responderá siempre a una necesidad existente en dicho proceso.⁶⁹¹ Garcimartín⁶⁹² considera que dentro de esta instrumentalidad pueden distinguirse dos tipos de objetivos a los que puede dirigirse la medida adoptada: las medidas de aseguramiento de bienes, encaminadas a garantizar un estado de hecho o de derecho que resulta necesario para la ejecución de la potencial sentencia; y las medidas de anticipación dirigidas a regular las relaciones entre las partes durante la duración del litigio principal.

A pesar de la existencia en todos los ordenamientos jurídicos a nivel internacional de este tipo de disposiciones relativas a la tutela cautelar,⁶⁹³ cabe señalar que el concepto, el objeto, las condiciones de aplicación, así como las modalidades de medidas cautelares y provisionales varían ampliamente. Esto genera importantes dificultades en relación a la

⁶⁸⁸ Ley 1/2000, *op.cit.* nota 688, artículo 726.

⁶⁸⁹ Ortells Ramos, *Derecho procesal civil*, *op.cit.* nota 547, 931.

⁶⁹⁰ Collins, «Provisional and protective measures in international litigation.», *op.cit.* nota 686.

⁶⁹¹ Ortells Ramos, *Derecho procesal civil*, *op.cit.* nota 547, 931.

⁶⁹² F. J. Garcimartín Alférez, *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional* (Madrid: McGraw-Hill, 1996), 2.

⁶⁹³ Collins, «Provisional and protective measures in international litigation.», *op.cit.* nota 686: 23.

obtención de esta tutela cautelar en los supuestos de asuntos internacionales.⁶⁹⁴ Sin embargo, los instrumentos normativos en la materia, especialmente los acuerdos internacionales, han prestado poca atención a este aspecto fundamental de un procedimiento judicial. De este modo, un análisis de los Convenios concluidos en el marco de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional privado, en materia de cooperación entre autoridades judiciales, demuestra que existe una tendencia a que los instrumentos relativos a los procedimientos civiles y/o mercantiles no contengan referencias explícitas a las medidas cautelares y, si lo hacen, sea para excluirlas de su ámbito de aplicación. Este tipo de exclusiones pueden encontrarse en el artículo 2 del Convenio de 1971 en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia civil y comercial,⁶⁹⁵ o en los artículos 4 y 7 del Convenio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro.⁶⁹⁶

Esta realidad es distinta en el caso del derecho de familia, cuyos acuerdos multilaterales sí regulan la tutela cautelar. Así, por ejemplo, los convenios en materia de reconocimiento de decisiones judiciales en materia de alimentos, tanto en relación a menores⁶⁹⁷ como adultos,⁶⁹⁸ establecen la obligación para las autoridades de un Estado contratante, de reconocer sin posibilidad de revisión en cuanto al fondo las decisiones que impongan medidas cautelares, aún cuando sean recurribles, siempre y cuando éstas puedan ser dictadas y ejecutadas en el Estado de la autoridad que tiene que reconocerlas. De este modo se garantiza la eficacia extraterritorial de las medidas cautelares, con un sistema de reconocimiento directo como norma específica para el caso de las obligaciones de alimentos. Igualmente, las referencias a la cooperación en relación al ejercicio de la tutela judicial cautelar aparecen en el Convenio de 1980 relativo a la sustracción de menores.⁶⁹⁹ En este caso, se exige a las autoridades centrales que colaboren adoptando o haciendo adoptar, entre otras, medidas provisionales con el

⁶⁹⁴ C. Kessedjian, «Note on provisional and protective measures in Private International Law and Comparative Law», Preliminary Document, Enforcement of Judgments, (La Haya: Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, 1998).

⁶⁹⁵ *Convenio de 1 de febrero de 1971 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materia Civil y Comercial*, op.cit. nota 349. Aunque hay que recordar que este convenio solo está vigente en cinco países.

⁶⁹⁶ *Convenio de la Haya de 30 de junio de 2005 sobre los acuerdos de elección de foro*, op.cit. nota 393, artículo 4 y 7.

⁶⁹⁷ *Convenio de 15 de abril de 1958 relativo al Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en materia de Obligaciones Alimenticias con respecto a menores*, BOE 271, de 12 de noviembre de 1973, pág. 21815-21816, artículo 2.3.

⁶⁹⁸ *Convenio sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias, hecho en La Haya el 2 de octubre de 1973*, BOE 222, de 16 de septiembre de 1986, pág. 31815-31817, artículo 4.

⁶⁹⁹ *Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, op.cit. nota 359, artículo 7 letra b.

objetivo de prevenir mayores daños para el menor.⁷⁰⁰ Una disposición similar se encuentra recogida en el artículo 2.1 letra g del Convenio de 2007 en materia de cobro internacional de alimentos para niños y otros miembros de la familia.⁷⁰¹ Por último, la cooperación en relación a las medidas cautelares se contempla igualmente en el acuerdo en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños.⁷⁰² Dicho acuerdo concede, a la autoridad competente para conocer de la cuestión principal, la posibilidad de adoptar medidas cautelares, aún cuando una autoridad judicial del Estado de residencia de uno de los progenitores tenga abierto un procedimiento para recabar pruebas e información sobre la aptitud de dicho progenitor para ejercer el derecho de visita.⁷⁰³ A pesar de que se haya incorporado esta dimensión de la tutela judicial cautelar en los instrumentos en materia de derecho de familia, no puede hablarse de un régimen completo, puesto que los elementos de competencia judicial y el reconocimiento aparecen tratados de manera fragmentaria en los diferentes instrumentos legislativos.

Por lo que se refiere a la competencia judicial internacional, tradicionalmente los sistemas autónomos de DIPr han asociado la adopción de medidas cautelares a la competencia de la autoridad judicial que conoce o es competente para conocer sobre el fondo del asunto. Una excepción a esta regla general puede encontrarse en el caso del derecho inglés, caracterizado por admitir como competente para la adopción de una medida cautelar únicamente a la autoridad judicial que está conociendo o que sea competente para conocer sobre el fondo de la cuestión.⁷⁰⁴ No así el sistema autónomo español, que otorga competencia para la adopción de medidas cautelares al tribunal que esté conociendo del asunto principal, o sea, competente para ello en caso de que el proceso no se hubiese iniciado.⁷⁰⁵ Ahora bien, en el caso de la litigación internacional esta regla general ha sido habitualmente substituida por el establecimiento de un foro diferente, que otorga competencia a los tribunales del Estado en el que las medidas provisionales han de realizarse o ejecutarse, como consecuencia de que “cada Estado

⁷⁰⁰ *Ibid.*

⁷⁰¹ Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Convenio de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre cobro internacional de alimentos para niños y otros miembros de la familia, BOE 93, de 7 de abril de 2011, pág. 9., 2007, artículo 2.1 letra g.

⁷⁰² Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, *Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996*, BOE nº 291 de 2 de diciembre de 2010, pág. 99837-99868, 1996.

⁷⁰³ *Ibid.*, artículo 35.4.

⁷⁰⁴ Garcimartín Alférez, El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional, *op.cit.* nota 692 692, 11.

⁷⁰⁵ *Ley 1/2000, op.cit.* nota 688, artículo 723.

solo puede garantizar coercitivamente ese régimen de tutela cautelar dentro de su territorio”.⁷⁰⁶ En el caso del ordenamiento español esta diferencia se había visto reflejada en el artículo 22.5 de la LOPJ que, en la regulación de los supuestos de competencia judicial internacional de los tribunales españoles, incluye la adopción de medidas cautelares sólo en aquellos supuestos en los que se trata de medidas relativas a personas o bienes que se encuentran en España.⁷⁰⁷ Algunos autores consideraban que tenía que hacerse una interpretación amplia de esta disposición en relación a ciertos tipos de procedimientos, como es el caso de la materia matrimonial y familiar en general. Esta postura coincide con la línea de pensamiento desarrollada a través de la inclusión de la materia cautelar en los instrumentos multilaterales de este sector del derecho civil. Dicha interpretación supondría considerar que los Tribunales competentes para conocer sobre el fondo de la cuestión lo eran también para la adopción de medidas cautelares.⁷⁰⁸ Esta opción ha sido recogida en la reciente reforma de la LOPJ que ha incorporado el artículo 22 sexies.⁷⁰⁹ En él se recoge un doble foro competencial. Un foro principal según el cual se mantiene la competencia respecto de decisiones relativas a medidas cuyo efecto jurídico se genere en España, y un seguro foro que establece la competencia de los tribunales españoles para la adopción de medidas cautelares cuando también lo son para conocer sobre el fondo del asunto.

En relación al reconocimiento y ejecución de decisiones que imponen medidas cautelares, normalmente estas quedan fuera de las normas de eficacia extraterritorial porque, tradicionalmente, las mismas se refieren únicamente a decisiones que son finales. Una condición que las medidas cautelares no pueden alcanzar por naturaleza, motivo por el cual los tribunales han sido tradicionalmente reacios a reconocer este tipo de decisiones emitidas por autoridades extranjeras.⁷¹⁰ Es especialmente relevante en este punto tener en cuenta la estrecha relación que existe entre la competencia de los tribunales del lugar donde las medidas han de llevarse a cabo y la posibilidad de reconocimiento en dicho Estado de la eventual sentencia final en el proceso principal.

⁷⁰⁶ Garcimartín Alférez, El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional, *op.cit.* nota 692, 3.

⁷⁰⁷ BOE, Ley Orgánica 6/1985, *op.cit.* nota 6, artículo 22.5.

⁷⁰⁸ R. Arenas García, *Crisis matrimoniales internacionales: nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español*, De conflictu legum. Estudios de Derecho internacional privado 6 (Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, 2004), 51.

⁷⁰⁹ Ley Orgánica 7/2015, *op.cit.* nota 7.

⁷¹⁰ Collins, «Provisional and protective measures in international litigation», *op.cit.* nota 686: 121.

De lo contrario el carácter instrumental de las medidas cautelares no sería respetado.⁷¹¹ Es decir que, un juez español que recibe una solicitud de adopción de medidas cautelares en relación a un proceso que se está desarrollando ante los tribunales de un Estado diferente habrá de valorar, para tomar su decisión, junto con las condiciones aplicables con carácter general a las medidas cautelares, si existente algún motivo por el cual la sentencia final en dicho proceso no podrá ser reconocida en España.

I.2. La adopción de medidas en el modelo europeo de cooperación judicial en materia civil: el régimen de Bruselas.

Desde los orígenes del proceso de integración europeo en materia judicial la atención prestada por los instrumentos europeos a este tipo de medidas ha sido insuficiente.⁷¹² De hecho, este sector ha sido identificado como uno de los principales problemas que se han planteado en el ámbito de la implementación del modelo europeo de cooperación judicial en materia civil. Se trata de un problema no resuelto, especialmente en lo que se refiere al régimen general de medidas cautelares, según el antiguo Reglamento 44/2000.⁷¹³ Dicha norma se limitaba a recoger la disposición existente en su precedente, el Convenio de 1968,⁷¹⁴ dando lugar al artículo 31, uno de los artículos menos claros en toda la regulación de la cooperación judicial en materia civil y mercantil, además de ser uno de los que ha dado lugar a mayores interpretaciones por parte del TJUE.⁷¹⁵ La falta de claridad de este artículo planteó muchos problemas y fue objeto de intensos debates en la doctrina. El primero de los extremos que generó polémica entre los autores fue la

⁷¹¹ M.A. Fernández-Ballesteros López, «Las medidas cautelares “internacionales”», en *Las medidas cautelares por razón de la materia*, ed. M.A. Fernández-Ballesteros López (Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1997), 431.

⁷¹² Sobre la regulación en el Convenio de Bruselas *vid. inter alia*, Fuentes Camacho, *Las medidas provisionales y cautelares en el espacio judicial europeo*, *op.cit.* nota 685; F. Gascón Inchausti, *Medidas cautelares de proceso civil extranjero: Artículo 24 del Convenio de Bruselas*, Biblioteca Comares de ciencia jurídica 10 (Granada: Editorial Comares, 1998).

⁷¹³ Consejo de la Unión Europea, *Reglamento (CE) n° 44/2001*, *op.cit.* nota 124.

⁷¹⁴ Unión Europea, *Convenio relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, DOCE L 299, de 31 de diciembre de 1972, pág. 32-45.

⁷¹⁵ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 27 de marzo de 1979, C-143/78, Asunto de Cavel, ECLI:EU:C:1979:83; *ibid.*, Sentencia de 21 de mayo de 1980, C-125/79, Asunto Denilauler, ECLI:EU:C:1980:130; *ibid.*, Sentencia de 6 de marzo de 1980, C-120/79, Asunto de cavel II, ECLI:EU:C:1980:70.; *ibid.* Sentencia de 26 de marzo de 1992, C-261/90, Asunto Reichert, ECLI:EU:C:1992:149; *ibid.*, Sentencia de 17 de noviembre de 1998, C-391/95, Asunto Van Uden Maritime BV, ECLI:EU:C:1998:543; *ibid.*, Sentencia de la Unión Europea de 27 de abril de 1999, C-99796, Asunto Mietz, ECLI:EU:C:1999:202; *ibid.*, Sentencia de 6 de junio de 2002, C-80/00, Asunto Italian Leather, ECLI:EU:C:2002:342.; *ibid.*, Sentencia del Tribunal de de 28 de abril de 2005, C-104/03, Asunto St. Paul Dairy, ECLI:EU:C:2005:255; *ibid.*, Sentencia de 10 de febrero de 2009, C-185/07, Asunto West Tankers, ECLI:EU:C:2009:69. Una completa visión de la jurisprudencia del TJUE en la materia puede encontrarse en K. Fach, «Competencia Judicial Internacional en materia de acciones preventivas: Interpretación del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Noticias de la Unión Europea*, n.º 225 (2003): 83-91.

identificación del foro contenido en el artículo 31 como alternativo. Alternativo al foro principal: el de los Tribunales competentes para conocer del fondo de la cuestión.⁷¹⁶ Sin embargo, algunos autores consideraban que, no estando directamente incluido en el contenido del texto, resultaba difícil fundamentar dicho foro puesto que podía interpretarse igualmente que este quedaba excluido. La polémica fue resuelta por el TJUE, que vino a dar apoyo a quienes daban una respuesta positiva a esta cuestión, en la Sentencia dictada en el caso Van Uden. Así, de acuerdo con el TJUE:

“el tribunal competente para conocer del fondo de un asunto en virtud de uno de los criterios de competencia previstos por el Convenio sigue siendo también competente para adoptar medidas provisionales o cautelares, sin que esta última competencia esté supeditada al cumplimiento de otros requisitos...”⁷¹⁷

Una vez determinado que el foro principal para la adopción de medidas cautelares correspondía a los Tribunales competentes para conocer del fondo, quedaba por resolver la cuestión de la identificación de los Tribunales a los que hacía referencia el artículo 31 del Reglamento. La opinión mayoritaria en la doctrina es que este foro ha de considerarse referido a los tribunales que tengan un punto de conexión real con la adopción de las medidas cautelares.⁷¹⁸ Un punto de conexión que viene determinado por el hecho de que las medidas solicitadas hayan de llevarse a cabo en el Estado de dichas autoridades, un criterio por lo tanto de territorialidad,⁷¹⁹ que sería posteriormente confirmado por el TJUE en la sentencia *Mietz*.⁷²⁰

⁷¹⁶ R. Arenas García, «Las medidas provisionales y cautelares en el Reglamento Bruselas I: de la regulación actual a la regulación proyectada», *La Ley* 3507 (2011): 2.

⁷¹⁷ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto Van Uden Maritime BV, *op.cit.* nota 715.

⁷¹⁸ *Cfr. inter alia*, Collins, «Provisional and protective measures in international litigation», *op.cit.* nota 686; H. Boularbah, «Les mesures provisoires en droit commercial international: développements récents au regard des Conventions de Bruxelles et de Lugano», *Revue de droit commercial belge*, 1999, 604-10; J. Carrasosa González, «Provisional and protective measures and Council Regulation No 44/2001», en *Cuestiones actuales del derecho mercantil internacional*, ed. A.L. Calvo Caravaca y S. Areal Ludeña (Madrid: Colex, 2005), 344; F. J. Garcimartín Alférez, «La competencia judicial para adoptar medidas cautelares: el caso IBERDROLA vs EDF», *Revista de Derecho de la competencia y la distribución*, n.º 3 (julio de 2008): 4; Arenas García, «Las medidas provisionales y cautelares en el Reglamento Bruselas I: de la regulación actual a la regulación proyectada», *op.cit.* nota 716, 2; G. Cuniberti, «La ejecución de las medidas provisionales y cautelares extranjeras en materia civil y mercantil», *Diario La Ley*, Tribuna, 7601 (31 de marzo de 2011); E. Rozalinova, A. Angelov, y I. Georgiev, «Jurisdiction, recognition and enforcement of provisional and protective measures (International Cooperation in Civil matters)», *Revista Forumul Judecatorilor*, n.º 4 (2012): 87.

⁷¹⁹ Garcimartín Alférez, El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional, *op.cit.* nota 692, 67.

⁷²⁰ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de, Asunto *Mietz*, *op.cit.* nota 715. Una presentación más completa de las cuestiones relativas a la competencia judicial internacional en materia de adopción de medidas cautelares puede verse infra, apartado II.2.2.

La constatación de esta problemática llevó a la Comisión Europea a incluir en su propuesta de revisión del Reglamento Bruselas I⁷²¹ una sistematización de las medidas cautelares desde la perspectiva de la competencia judicial internacional, el reconocimiento y la ejecución de decisiones. La clarificación de los criterios para la determinación de los tribunales competentes para la adopción de medidas cautelares, así como las condiciones para la circulación de estas decisiones por el territorio de los Estados miembros no es, sin embargo, una solución definitiva para los problemas identificados en la práctica. Es precisamente la conciencia de las limitaciones del sistema actual lo que ha llevado al legislador europeo a plantearse la conveniencia de incluir, junto con el régimen general contenido en el Reglamento, instrumentos específicos encaminados a afrontar la armonización de este sector del derecho civil y mercantil. La necesidad de mejorar la ejecución de las resoluciones judiciales y en concreto de establecer medidas cautelares fue planteada por la Comisión Europea ya en 1997.⁷²² Un interés que se centraba, sin embargo, en la creación de instrumentos europeos dirigidos a actuar sobre los activos del deudor. Esta fragmentación de los esfuerzos de armonización en materia de medidas cautelares se ha mantenido a lo largo de todo el proceso, hasta culminar en un informe presentado por el Parlamento Europeo en 2011,⁷²³ en el que se instaba a la Comisión Europea a adoptar una propuesta en relación a la inmovilización de los activos patrimoniales de los deudores en casos transfronterizos. Como resultado, el 25 de julio de 2011 la Comisión Europea presentó la propuesta de Reglamento por el que se crea la orden europea de retención de cuentas para simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil⁷²⁴ aprobada en julio de 2014 como Reglamento (UE) 655/2014.⁷²⁵ El estudio de la situación actual de desarrollo de la implementación del modelo europeo de cooperación

⁷²¹ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *COM(2010) 748 final, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, 2010.

⁷²² Comisión Europea, *COM(1997) 609 final, de 26 de noviembre de 1997, Hacia una mayor eficacia en la obtención y la ejecución de las resoluciones judiciales en la Unión Europea*, 1997.

⁷²³ Parlamento Europeo. Comisión de Asuntos Jurídicos, *Informe con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre las medidas provisionales propuestas para la inmovilización y divulgación de los activos patrimoniales de los deudores en los asuntos transfronterizos* (2009/2169(INI)), 2011.

⁷²⁴ Comisión Europea, *COM(2011) 445 final, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se crea la orden europea de retención de cuentas para simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil*, 2011.

⁷²⁵ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Reglamento (UE) n° 655/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014 por el que se establece el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas a fin de simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil*, DO L 189, de 27 de junio de 2014, pág. 59-92.

judicial en materia civil y en concreto, en el ámbito de las medidas cautelares, constituirán el objeto de estudio de los próximos apartados de este trabajo.

II. Sistema actual de medidas cautelares transnacionales en el modelo europeo de cooperación judicial civil.

II.1. Marco normativo.

II.1.1. Las medidas cautelares en el Reglamento 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

El Reglamento 1215/2012,⁷²⁶ Bruselas Ibis incluye un intento de clarificar las cuestiones relativas a las decisiones que impongan medidas cautelares o provisionales. En concreto, la reforma del Reglamento Bruselas I ha incorporado normas clarificadoras en relación a la competencia judicial, el reconocimiento y ejecución de este tipo de decisiones y a la definición del concepto. En relación a la primera de estas cuestiones el artículo 35, que substituye al anterior artículo 31, no incluye cambios substanciales respecto del redactado anterior. La clarificación ha de buscarse, por el contrario en las normas relativas al reconocimiento de este tipo de medidas.⁷²⁷ Así en el artículo 2 letra a del nuevo instrumento se dispone que, la libre circulación de medidas provisionales y cautelares se garantizará solo para aquellos supuestos en los que estas hayan sido dictadas por el tribunal que resulta competente para conocer del fondo del asunto.⁷²⁸ Por el contrario, cuando las medidas han sido adoptadas de acuerdo con el foro alternativo previsto en el artículo 35,⁷²⁹ su efecto, al menos en lo que se refiere a los supuestos de aplicación del Reglamento 1215/2012, se limita al territorio del Estado miembro de dichas autoridades. El legislador europeo ha optado por recoger así la doctrina del TJUE que identifica el nexo real, exigido para otorgar competencia para la adopción de medidas provisionales por una autoridad distinta de la competente para conocer del asunto principal, con el elemento territorial.⁷³⁰ De este modo el Reglamento 1215/2012

⁷²⁶ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Reglamento (UE) n° 1215/2012*, *op.cit.* nota128.

⁷²⁷ C. Heinze, «Choice of court agreements, coordination of proceedings and provisional measures in the reform of the Brussels I Regulation», *RabelsZ Bd. 75* (2011): 581-618.

⁷²⁸ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Reglamento (UE) n° 1215/2012*, *op.cit.* nota 128, artículo 2 letra a.

⁷²⁹ *Ibid.*, considerando 33.

⁷³⁰ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 27 de abril de 1999, C-99796, Asunto Mietz, ECLI:EU:C:1999:202. En concreto en el párrafo 43 de esta sentencia el TJUE afirma que la competencia del antiguo artículo 24 del Convenio de Bruselas se refiere solo a aquellos casos en los que “la medida adoptada se

traslada este requisito de conexión real desde la fase de determinación de la competencia judicial internacional a la de ejecución.⁷³¹ Esta concordancia con la jurisprudencia del TJUE no aparece sin embargo, en el caso de las medidas *in audita parte*. En este caso el legislador europeo supera la concepción de las mismas contenida en la STJU en el Asunto Denilauler.⁷³² En dicha decisión el TJUE afirmaba que:

“los requisitos a los que el Título III del Convenio subordina el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales no concurren en las medidas provisionales y cautelares decretadas o adoptadas por un órgano jurisdiccional sin que la parte contra la que vayan dirigidas haya sido citada a comparecer y que estén destinadas a ejecutarse sin haber sido previamente notificadas a esta última parte”.⁷³³

Por lo tanto, este tipo de medidas cautelares quedaban excluidas de la aplicación del principio de reconocimiento mutuo. El Reglamento Bruselas Ibis adopta una postura diferente. Así, el artículo 2 letra a dispone que se podrán considerar resoluciones a efectos de la aplicación de las normas de reconocimiento previstas en el Reglamento aquellas medidas cautelares que, a pesar de haber sido dictadas sin citar al demandado, han sido notificadas a éste antes de la ejecución de las mismas.⁷³⁴ Por lo tanto, se produce un avance por lo tanto que permite la libre circulación de un nuevo tipo de medidas cautelares.

En relación a la segunda cuestión, el concepto, el Reglamento 1215/2012 introduce en su artículo 2 y en el considerando 25 una serie de definiciones de conceptos jurídicos empleados a lo largo del texto, entre las que se encuentra el concepto de medidas provisionales o cautelares. Especialmente relevante resulta la inclusión dentro de este concepto de las “medidas de aseguramiento o de prueba, exclusivamente cuando no sean medidas ordinarias de prueba y estén justificadas por la existencia de *periculum in mora*”.⁷³⁵ La conceptualización de los distintos tipos de medida tiene una gran importancia puesto que de ella dependerá la aplicabilidad de uno u otro instrumento de cooperación dentro del modelo europeo. Concretamente permitiendo el deslinde entre la

refiera sólo a determinados bienes del demandado que estuvieran situados, o debieran estar situados, dentro de la esfera de la competencia territorial del Juez que conozca del asunto”.

⁷³¹ Heinze, «Choice of court agreements, coordination of proceedings and provisional measures in the reform of the Brussels I Regulation», 614.

⁷³² Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 21 de mayo de 1980, C-125779, Asunto Denilauler, ECLI:EU:C:1980:130.

⁷³³ *Ibid.*, párrafo 17.

⁷³⁴ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Reglamento (UE) n° 1215/2012, op.cit.* nota 128, artículo 2 letra a.

⁷³⁵ S. Sánchez Lorenzo, “El Nuevo Sistema de Reconocimiento Y Ejecución de Resoluciones En El Reglamento (UE) 1215/2012 (Bruselas I Bis),” *La Ley Unión Europea*, no. 25 (Abril 2015): 2.

norma general en materia de competencia y reconocimiento y el Reglamento 1206/2001 en materia de obtención de prueba.⁷³⁶ El Reglamento Bruselas Ibis contiene igualmente disposiciones relativas a la adopción de medidas cautelares en la fase de ejecución, recogiendo en este caso las disposiciones contenidas en su predecesor.⁷³⁷

II.1.2. La Orden Europea de retención de cuentas bancarias.

La Exposición de motivos de la propuesta presentada por la Comisión Europea enumera de modo detallado las necesidades a las que responde la adopción de un instrumento específico para este tipo de medida provisional o cautelar. La principal dificultad identificada por el legislador europeo es la diversidad existente en los ordenamientos de los Estados miembros en cuanto a las condiciones para dictar órdenes de retención de cuentas bancarias así como las características y alcance de las mismas. Esto lleva a que la obtención de la tutela cautelar pueda suponer un importante obstáculo para que los ciudadanos puedan obtener la correcta protección de sus derechos. En este contexto la Orden Europea de retención de cuentas (OERC) constituye un procedimiento europeo uniforme que permite a los acreedores obtener la retención de activos de varios deudores en varios Estados miembros de manera rápida y eficaz, y sin tener que acudir a los procedimientos nacionales.⁷³⁸

Este tipo de instrumentos pueden dictarse en dos situaciones diferentes. La primera de ellas es la relativa a los supuestos en los que la tutela cautelar se solicita con carácter previo o durante el desarrollo del procedimiento sobre el fondo,⁷³⁹ mientras que la segunda de las modalidades es la relativa a los supuestos en que el demandante solicita la emisión de la OERC cuando ya dispone de un título ejecutivo contra el demandado, que puede ser ejecutado en el Estado miembro donde se encuentra la cuenta bancaria o que tiene ejecución otorgada por el mismo. Tal y como dispone el artículo 5.1 letra b) de la OERC las disposiciones reguladoras de la modalidad de solicitud con carácter previo al procedimiento, o durante el desarrollo del mismo, se aplicarán igualmente a los supuestos en que el demandante ha obtenido una resolución judicial, una transacción

⁷³⁶ Consejo de la Unión Europea, *Reglamento (CE) n° 1206/2001*, *op.cit.* nota 35.

⁷³⁷ Sobre esta cuestión *vid.* I.C. Bernabéu Pérez, “El Reconocimiento Y Ejecución En El Reglamento N° 1215/2012 Del Parlamento Europeo Y Del Consejo de 12 de Diciembre de 2012 Relativo a La Competencia Judicial, El Reconocimiento Y La Ejecución de Resoluciones Judiciales En Materia Civil Y Mercantil,” *Práctica de Tribunales*, no. 117 (Noviembre 2015): 9–10.

⁷³⁸ J. Carrascosa González, “Breves Reflexiones Sobre El Reglamento 655/2014 de 15 de Mayo de 2014 Y La Orden Europea de Retención de Cuentas,” *Accursio*, 30 de Junio de 2015, 1.

⁷³⁹ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Reglamento (UE) n° 655/2014*, *op.cit.* nota 725, artículo 5 letra a.

judicial o un documento público con fuerza ejecutiva que sean ya ejecutables en el Estado miembro de origen pero no hayan obtenido aún la ejecución en otro Estado miembro.⁷⁴⁰ Se trata, por lo tanto, de una medida de naturaleza cautelar en ambos casos, pero que se plantea en distintos tipos de procedimiento. Así, la primera modalidad se plantearía en el contexto de un procedimiento declarativo y equivaldría a lo que en el ordenamiento español constituye el embargo preventivo,⁷⁴¹ mientras que la segunda de las opciones se presentaría en el contexto de un procedimiento ejecutivo, tal y como ocurre con el embargo ejecutivo español.⁷⁴² En el ordenamiento europeo ambas modalidades entrarían igualmente en la definición del concepto de medida cautelar otorgado por el TJUE puesto que “están destinadas a mantener una situación de hecho o de derecho para salvaguardar derechos cuyo reconocimiento se solicita”.⁷⁴³ El Reglamento 655/2014 constituye por lo tanto, un primer ejemplo de armonización de una medida cautelar a través de la creación de un título ejecutivo europeo.

II.1.3. Las medidas cautelares en el derecho de familia europeo.

Las medidas cautelares constituyen, como se ha visto con anterioridad, un elemento fundamental para la protección de los derechos de los individuos en el campo del derecho de familia.⁷⁴⁴ Por este motivo la mayoría de los instrumentos en este sector contienen una regulación de las medidas provisionales. Así ocurre con el Reglamento Bruselas IIbis que establece un foro alternativo al de las autoridades competentes para conocer sobre el fondo de un asunto, de manera similar a lo que ocurre en el caso del Reglamento Bruselas I.⁷⁴⁵ En este caso, la adopción de medidas por parte de dicha autoridad se encuentra sometida a una serie de condiciones. En primer lugar, ha de tratarse de una situación de urgencia, puesto que de lo contrario, el solicitante habrá de dirigirse directamente a la autoridad que conoce o es competente para conocer del asunto principal. Se exige además, como ocurría en los instrumentos del régimen de Bruselas, que exista un elemento de nexo real entre la medida y la autoridad que la

⁷⁴⁰ *Ibid.*, artículo 5 letra b.

⁷⁴¹ *Ley 1/2000, op.cit.* nota 688, artículo 727 1ª.

⁷⁴² *Ibid.*, artículo 584 y ss.

⁷⁴³ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 26 de marzo de 1992, C-261/90, Asunto Reichert, ECLI:EU:C:1992:149.

⁷⁴⁴ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto Purrucker, *op.cit.* nota 270, párrafo 97. En este sentido el TJUE recuerda en este asunto la importancia especial de las medidas provisionales que pueden dictarse en materia de responsabilidad parental, sobre todo en relación a sus posibles consecuencias sobre menores de corta edad.

⁷⁴⁵ Consejo de la Unión Europea, *Reglamento (CE) n° 2201/2003, op.cit.* nota 232.

emite, aunque en este caso se especifica que dicho nexo ha de ser territorial.⁷⁴⁶ No se prevé, sin embargo, que este tipo de medidas puedan ser objeto de aplicación del principio de reconocimiento mutuo y circular libremente entre los Estados miembros. Y ello como consecuencia del carácter de urgencia que se exige para la adopción de este tipo de medidas. Así, el Reglamento requiere que, tan pronto como sea posible, estas sean substituidas por las adoptadas por el Tribunal competente para conocer sobre el fondo de la cuestión que si podrán ser reconocidas en el resto de Estados miembros.

Por lo que se refiere al Reglamento 4/2009, las cuestiones relacionadas con las medidas cautelares se encuentran en el artículo 14,⁷⁴⁷ que recoge en su redactado el artículo 31 del antiguo Reglamento 44/2001⁷⁴⁸ y establece por lo tanto un foro alternativo al de las autoridades competentes para conocer sobre el fondo de la cuestión. Igualmente, retomando la tradición de los instrumentos en materia de alimentos de la Conferencia Internacional de Derecho Internacional privado de la Haya, el reglamento incorpora la obligación para las autoridades centrales de iniciar o ayudar a que se inicien procedimientos para la adopción de las medidas cautelares que resulten necesarias.⁷⁴⁹ Sin embargo, el Reglamento no dispone nada en relación al reconocimiento y ejecución en otro Estado miembro de las medidas adoptadas conforme al artículo 14. Ahora bien, el artículo 17.2 exige, para los Estados parte del Protocolo de la Haya de 2007, que las decisiones tengan fuerza ejecutiva para que puedan ser reconocidas por otro Estado miembro.⁷⁵⁰ Exigencia que se repite para aquellos Estados que no lo son, en el artículo 26.⁷⁵¹ Si se tiene en cuenta que el Reglamento establece que “El órgano jurisdiccional de origen podrá otorgar fuerza ejecutiva provisional a la resolución, no obstante la interposición de un eventual recurso, aunque el Derecho nacional no prevea la fuerza ejecutiva por ministerio de la ley”,⁷⁵² y que ello supondría la aplicación del régimen de reconocimiento y ejecución previsto en este instrumento, no parece que existan impedimentos al reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia de medidas cautelares adoptadas por una autoridad judicial distinta de la competente para conocer sobre el fondo de la cuestión. El mismo régimen, tanto en lo relativo a la competencia

⁷⁴⁶ *Ibid.*, artículo 20.

⁷⁴⁷ Consejo de la Unión Europea, *Reglamento (CE) n° 4/2009 del Consejo de 18 de diciembre de 2008 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos*, DO L 7, de 10 de enero de 2009, pág. 1-79.

⁷⁴⁸ Consejo de la Unión Europea, *Reglamento (CE) n° 44/2001*, *op.cit.* nota 124, artículo 31.

⁷⁴⁹ Consejo de la Unión Europea, *Reglamento (CE) n° 4/2009*, *op.cit.* nota 747, artículo 31.

⁷⁵⁰ *Ibid.*, artículo 17.2.

⁷⁵¹ *Ibid.*, artículo 26.

⁷⁵² *Ibid.*, artículo 39.

judicial como al reconocimiento y ejecución, puede encontrarse en el Reglamento europeo de sucesiones.⁷⁵³

II.1.4. Las medidas cautelares en otros instrumentos europeos.

Las medidas cautelares aparecen recogidas en otros instrumentos legislativos europeos. Es especialmente relevante la regulación de las mismas en el Reglamento relativo a los procedimientos de insolvencia.⁷⁵⁴ El legislador europeo ha considerado que para garantizar el correcto funcionamiento de esta norma relativa a la insolvencia es necesario que las autoridades judiciales que son competentes para conocer del fondo de la cuestión puedan adoptar medidas cautelares desde el momento mismo en que se produce la solicitud de insolvencia.⁷⁵⁵ Una competencia que habría de extenderse hasta la posibilidad de disponer de los bienes que se encuentran en otros Estados miembros.⁷⁵⁶ Igualmente, el artículo 39 autoriza a solicitar medidas cautelares al síndico provisional, siempre y cuando éste haya sido nombrado por una autoridad judicial competente para conocer del fondo del asunto, por estar en su territorio el centro de los intereses principales del deudor, y cuando dichas medidas se dirijan a asegurar la conservación de los bienes del deudor.⁷⁵⁷ La particularidad es que se autoriza al síndico a solicitar dichas medidas en todos los Estados en los que el deudor tenga bienes respecto de estos, y siempre de acuerdo con el derecho nacional de cada uno de ellos.

Otro de los sectores en los que se ha incorporado normas específicas en relación a las medidas provisionales es el de la protección de la propiedad industrial.⁷⁵⁸ En este caso las normas se encuentran en el Reglamento sobre marca comunitaria.⁷⁵⁹ En él se incluye un foro alternativo similar al previsto en los instrumentos del régimen de Bruselas o en el derecho de familia, que permite la solicitud de medidas cautelares ante los tribunales de un Estado miembro aún cuando sea competente la autoridad de otro Estado miembro

⁷⁵³ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Reglamento (UE) n.º 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo*, DO L 201, de 27 de julio de 2012, pág. 107-134.

⁷⁵⁴ Consejo de la Unión Europea, *Reglamento (CE) n.º 1346/2000*, *op.cit.* nota 271.

⁷⁵⁵ *Ibid.*, considerando 16.

⁷⁵⁶ *Ibid.*

⁷⁵⁷ *Ibid.*, artículo 38.

⁷⁵⁸ Para un análisis detallado de la adopción de medidas cautelares en este sector *vid.* P. Jiménez Blanco, «Cooperación internacional en la práctica de pruebas y adopción de medidas cautelares en los derechos de propiedad industrial», *Anuario español de Derecho internacional privado* 0 (2000): 285-97.

⁷⁵⁹ Consejo de la Unión Europea, *Reglamento (CE) n.º 207/2009 del Consejo de 26 de febrero de 2009 sobre la marca comunitaria, (versión codificada)*, DO L 78, de 24 de marzo de 2009, pág. 1-42.

según las disposiciones del propio Reglamento.⁷⁶⁰ El foro principal se recoge en el apartado segundo del mismo artículo 103,⁷⁶¹ y otorga a las autoridades competentes para conocer del asunto principal la capacidad de adoptar medidas cautelares estipulando además que, si cumplen con las condiciones establecidas, este tipo de decisiones puedan circular libremente en el territorio de todos los Estados miembros. Se trata, por lo tanto, de un claro antecedente de la regulación actual, incluida en el Reglamento Bruselas Ibis, tanto en lo que se refiere a la competencia judicial internacional para la adopción de estas medidas, como a la eficacia extraterritorial de las mismas.

II.2. La adopción de medidas cautelares en el modelo europeo de cooperación judicial.

II.2.1. El concepto de medidas cautelares en el modelo europeo de cooperación judicial.

Hasta ahora se ha visto como los instrumentos europeos regulan las cuestiones relativas a las medidas cautelares desde la perspectiva de la competencia judicial para su adopción y de las normas para su reconocimiento. El Reglamento Bruselas Ibis ha incorporado por primera vez, como se ha indicado anteriormente,⁷⁶² una definición del concepto de medida cautelar o provisional a los efectos de la aplicación del Reglamento, una definición que viene a complementar las aportaciones realizadas por el TJUE en su jurisprudencia en la materia.⁷⁶³ Sin embargo, al regular la adopción de medidas cautelares en su artículo 35, el Reglamento hace de nuevo referencia a las medidas existentes en el Derecho interno del Estado de las autoridades competentes para emitir una decisión, sin especificar a qué tipo de medidas se hace referencia ni definir un concepto autónomo de medida provisional o cautelar, sino reenviando para su conceptualización a los ordenamientos internos.⁷⁶⁴ Una solución que comparten la mayoría de instrumentos del modelo europeo que contienen referencias a la adopción de medidas cautelares.⁷⁶⁵ La inexistencia de un concepto autónomo claro de las medidas

⁷⁶⁰ *Ibid.*, artículo 103.1.

⁷⁶¹ *Ibid.*, artículo 103.2.

⁷⁶² *Vid. supra* apartado II.1.1.

⁷⁶³ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto Reichert, *op.cit.* nota 715.

⁷⁶⁴ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Reglamento (UE) n° 1215/2012*, *op.cit.* nota 128, artículo 31.

⁷⁶⁵ En relación a esta cuestión en el caso del derecho europeo de familia cfr. A.P. Abarca Junco y M. Gómez Jene, «Medidas provisionales y cautelares en materia matrimonial: Cuestiones de competencia judicial internacional», *Anales de la Facultad de Derecho, Universidad de La Laguna*, Homenaje al Profesor Pérez Voitúriez, 2001, 21.

provisionales y cautelares, unida a las grandes diferencias presentes, en relación a la articulación de la tutela cautelar, en los Estados miembros, ha dado lugar al planteamiento de importantes dudas en relación al tipo de medida que puede entenderse incluida en el modelo europeo de cooperación judicial, una cuestión a la que se prestó especial atención durante el proceso de reforma del Reglamento Bruselas I⁷⁶⁶ pero que, el nuevo texto no ha solucionado definitivamente. A pesar de estos problemas, como se ha visto con anterioridad,⁷⁶⁷ dos elementos aparecen como característicos de las medidas cautelares en todas las definiciones de las mismas, tanto a nivel europeo, como a nivel internacional y en la mayoría de ordenamientos nacionales: la provisionalidad y la instrumentalidad. Dichos criterios pueden servir por lo tanto como mínimo común denominador a la hora de determinar si un tipo específico de medida ha de considerarse incluido o excluido en el concepto recogido, entre otros, en el artículo 35 del Reglamento 1215/2012.

En relación al carácter provisional de las medidas como elemento definitorio, este exige que la medida pueda ser revertida o eliminada sin que resulten, de la misma, perjuicios para el demandado. Esta exigencia ha planteado, para la doctrina y la jurisprudencia, algunos problemas a la hora de fijar la inclusión en el concepto autónomo de medidas provisionales y cautelares en el marco del derecho europeo, de determinadas medidas características de algunos ordenamientos nacionales. Este problema se presenta especialmente en el caso de las medidas que acompañan a la decisión final o se emiten inmediatamente antes de esta para asegurar su posterior ejecución.⁷⁶⁸ Es importante, en este punto, distinguir este tipo de medidas de las que puedan adoptarse en la fase de ejecución por el juez competente para ello. Estas han sido específicamente tratadas por el modelo europeo de cooperación judicial,⁷⁶⁹ en el que se prevé que las resoluciones con fuerza ejecutiva otorguen al juez de la ejecución la facultad para adoptar todas las medidas cautelares que resulten necesarias, de entre las existentes en su ordenamiento jurídico. En el Reglamento Bruselas IIbis el legislador europeo ha eliminado la referencia a medidas provisionales en su artículo 40,⁷⁷⁰

⁷⁶⁶ M.J. Elvira Benayas, «Diligencias preliminares, medidas de aseguramiento de pruebas y Reglamento Bruselas I ¿Una cuestión cerrada?», *La Ley Unión Europea*, n.º 19 (octubre de 2014): 6.

⁷⁶⁷ *Vid. supra*, en este mismo capítulo, apartado I.1.

⁷⁶⁸ P. Schlosser, «Provisional measures», ed. B. Hess, T. Pfeiffer, y P. Schlosser, *Report on the application of Regulation Brussels I in the Member States*, septiembre de 2007, 302.

⁷⁶⁹ Consejo de la Unión Europea, *Reglamento (CE) n.º 4/2009 del Consejo*, *op.cit.* nota 747, artículo 36; Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Reglamento (UE) n.º 1215/2012*, *op.cit.* nota 128, artículo 40.

⁷⁷⁰ Y en el resto de los artículos relativos a la fase de ejecución como el 43 o 44

refiriéndose así únicamente a medidas cautelares, y enfatizando por lo tanto la diferencia entre ambos tipos de decisiones judiciales. La problemática se centra sin embargo, en medidas adoptadas por el juez del procedimiento declarativo cuyo efecto se extiende más allá de la finalización de este. Una dificultad que se deriva de la propia naturaleza de las decisiones adoptadas en relación a la tutela cautelar, puesto que éstas son en sí mismas un proceso reducido que incluye una fase declarativa y una fase ejecutiva que, en muchos casos de supuestos transnacionales, son competencia de autoridades judiciales distintas en diferentes Estados miembros.⁷⁷¹ El artículo 44 del Reglamento 1215/2012 establece que la adopción de medidas cautelares, una vez solicitada la ejecución de una decisión conforme a las normas del Capítulo III de dicho Reglamento, serán dictadas por el juez competente para la ejecución en caso de que la persona contra la que ésta se dirige se oponga a la misma.⁷⁷² La adopción de medidas cautelares en fase de ejecución en el resto de supuestos puede derivarse, por su parte, del ya citado artículo 40. Desde este punto de vista no parece que, una resolución dictada por el tribunal que conoce del fondo que imponga una medida cautelar cuyos efectos se prolonguen más allá de la solicitud de ejecución, pueda encajar en el concepto de medidas provisionales y cautelares del artículo 35, y disfrutar por lo tanto del beneficio de la libre circulación. Sin embargo, resulta necesario analizar qué ocurre con el período de tiempo que va desde la emisión de la decisión final hasta la solicitud de la ejecución, supuesto que Schlosser ejemplifica con el asunto Stolzenberg planteado ante la Cour de Cassation francesa en la que se reconoció en Francia una Mareva injunction británica.⁷⁷³ Más allá de la cuestión específica de la admisibilidad de este tipo de medidas en el modelo europeo, que ha sido ampliamente tratada por la literatura y la jurisprudencia, este asunto resulta interesante para el tema que se discute puesto que la medida cautelar había sido emitida años antes de la solicitud de la ejecución. En el caso del ordenamiento jurídico español, como recuerda Correa Delcasso en su informe nacional sobre la aplicación del Reglamento Bruselas I,⁷⁷⁴ el artículo 731 de la LEC impide que

⁷⁷¹ Garcimartín Alférez, «La competencia judicial para adoptar medidas cautelares: el caso IBERDROLA vs EDF», *op.cit.* nota 718, 2.

⁷⁷² Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Reglamento (UE) n° 1215/2012*, *op.cit.* nota 128, artículo 44.1 letra a.

⁷⁷³ *Vid. infra.* apartado II.3.1.2.

⁷⁷⁴ J.P. Correa Delcasso, «La saisie des comptes bancaires, l'exécution provisoire, la transparence du patrimoine et les mesures conservatoires en droit espagnol», Informe nacional de aplicación del Reglamento Bruselas I: España, (2002).

una medida cautelar se mantenga una vez transcurrido el plazo de cumplimiento voluntario por parte del demandado, si no se ha solicitado la ejecución.⁷⁷⁵

La provisionalidad de las medidas cautelares ha planteado igualmente ciertas dudas en relación a aquellos supuestos en los que la concesión o denegación de las mismas puede actuar como elemento disuasorio de la continuidad del proceso para una o ambas partes. Ello se debe a la necesidad, como es sabido, de que la autoridad que ha de decidir sobre la adopción de medidas de tipo cautelar examine el denominado *fumus bonis iuri* o la apariencia de buen derecho, lo que supone ya una primera valoración de las posibilidades de éxito de cada parte.⁷⁷⁶ Este problema se plantea especialmente en el caso de las medidas adoptadas por el juez que conoce del asunto principal, mientras que resulta menos importante en caso de solicitud ante el tribunal del lugar de adopción de las mismas cuando éste es distinto. En cualquier caso, considerar que este tipo de influencia sobre las partes puede denegar el carácter provisional de una medida cautelar, a efectos de su definición en el modelo europeo, implicaría negar la propia existencia y naturaleza de todas ellas.⁷⁷⁷ Ahora bien, es necesario adoptar especiales cautelas en relación a ciertos tipos de medidas cautelares cuya naturaleza hace que puedan tener un impacto casi definitivo sobre el resultado final del litigio.⁷⁷⁸ Es el caso de los pagos anticipados o a cuenta cuyo impacto sobre el demandado hace que hayan sido sometidos por el TJUE a condiciones especiales y en concreto, a la garantía por parte del demandante y de la autoridad que las emite, de que el demandado podrá recuperar la suma abonada en caso de que no prospere la pretensión principal.⁷⁷⁹

El segundo de los elementos característicos de las medidas provisionales y cautelares es la instrumentalidad respecto del proceso principal al que responden. Con carácter general pueden distinguirse dos tipos de funciones que estas medidas pueden realizar respecto del proceso principal: el aseguramiento de la eficacia de la futura sentencia y la realización de actividades que puedan dar lugar o bien asegurar medios de prueba. La primera de dichas finalidades no plantea demasiados problemas puesto que constituye el objeto clásico de la tutela judicial cautelar. La cuestión es más compleja en el caso de la obtención de información o el aseguramiento de los medios de prueba. El TJUE tuvo

⁷⁷⁵ Ley 1/2000, *op.cit.* nota 688, artículo 731.

⁷⁷⁶ Garcimartín Alférez, El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional, *op.cit.* nota 692, 5.

⁷⁷⁷ A. Dickinson, «Provisional Measures in the “Brussels I” Review: Disturbing the Status Quo?», *Journal of Private International Law* 6, n.º 3 (2010): 540-541.

⁷⁷⁸ Heinze, «Choice of court agreements, coordination of proceedings and provisional measures in the reform of the Brussels I Regulation», *op.cit.* nota 727: 605.

⁷⁷⁹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto Van Uden Maritime BV, *op.cit.* nota 715, párrafo 47.

oportunidad de pronunciarse sobre esta cuestión en el Asunto St. Paul Dairy.⁷⁸⁰ En este caso dictaminó que la orden de interrogar a un testigo no puede ser considerada incluida en el concepto de medidas cautelares o provisionales del modelo europeo cuando su objetivo es el de “ permitir al solicitante evaluar la oportunidad de una acción eventual, determinar el fundamento de tal acción y apreciar la pertinencia de los motivos que pueden invocarse en ese contexto”.⁷⁸¹ Como consecuencia de esta decisión, se planteó la duda en torno a la posibilidad de excluir del concepto europeo de medida cautelar cualquier medida de tipo probatoria. Actualmente la opinión casi unánime de la doctrina es que el objetivo de la sentencia del TJUE no era este, sino que su posición hacía referencia al caso específico en que la actividad probatoria que se solicita no tenga un objetivo verdaderamente cautelar o de protección. Así sí quedarían incluidas las medidas que se imponen para proteger el interés del actor cuando éste no es el de valorar si un procedimiento sobre el fondo resulta oportuno. Esta interpretación ha sido confirmada por el legislador europeo en el texto del Reglamento 1215/2012 que permite el uso de esta norma para la adopción de medidas cautelares de tipo probatorio, excluyendo únicamente las medidas probatorias no cautelares como la audiencia de un testigo, recogiendo de manera literal la opinión del TJUE.⁷⁸²

No parece sin embargo, que ésta sea la solución más lógica toda vez que existe en el ordenamiento europeo un instrumento específico en materia de obtención de prueba en asuntos transnacionales. Si bien es cierto que el Reglamento de prueba está enfocado a la obtención de la misma y no a su aseguramiento, una regulación mucho más coherente de estas necesidades se podría conseguir con la incorporación en esta norma de un mecanismo urgente de aseguramiento de prueba. Esto garantizaría la aplicación de todas las normas contenidas en el Reglamento 1206/2011 en materia de realización de la práctica de la prueba y por lo tanto, su admisibilidad por parte de las autoridades que conocen del asunto principal, suponiendo así una garantía respecto del tratamiento unificado de este tipo de cuestiones. Por el contrario, admitir la solicitud de estas medidas a través del foro previsto en el artículo 35 del Reglamento Bruselas Ibis⁷⁸³ o el

⁷⁸⁰ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 28 de abril de 2005, C-104/03, Asunto St. Paul Dairy, ECLI:EU:C:2005:255.

⁷⁸¹ *Ibid.*

⁷⁸² En relación al considerando del Reglamento 1215/2012 que incluye esta cuestión *vid.* Elvira Benayas, «Diligencias preliminares, medidas de aseguramiento de pruebas y Reglamento Bruselas I ¿Una cuestión cerrada?», *op.cit.* nota 766 .

⁷⁸³ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Reglamento (UE) n° 1215/2012, op.cit.* nota 128, artículo 35.

artículo 14 del Reglamento de alimentos,⁷⁸⁴ supone el reenvío a los ordenamientos internos de cada Estado miembro, con el consecuente riesgo de *forum shopping*.

A pesar de la importancia que se dio, durante el proceso de negociación del Reglamento Bruselas Ibis a la necesidad de definir cuidadosamente el concepto de medidas provisionales y cautelares, no puede afirmarse que exista todavía un verdadero concepto autónomo. Y ello porque las referencias finalmente incluidas son vagas e indeterminadas, dejando un gran margen de interpretación a los operadores jurídicos, en un sector en el que las diferencias entre las tradiciones procesales de los distintos Estados miembros puede dar lugar a importantes dificultades. Resulta poco acertado, en un modelo que pretende simplificar la obtención de tutela en el espacio europeo por parte de los ciudadanos, mantener una falta de uniformidad tal, en relación a la definición de un concepto clave para que dicha tutela pueda considerarse efectiva. Una conclusión parece derivarse sin embargo, del posicionamiento teórico de las medidas cautelares en el modelo europeo de cooperación judicial. Se trata precisamente de su carácter de colaboración entre autoridades judiciales puesto que se permite la adopción de estas por parte de una autoridad distinta de la del foro o su circulación y ejecución por parte de otra autoridad. A pesar de ello, uno de los puntos más débiles del sistema europeo de obtención y ejecución de medidas cautelares en asuntos transfronterizos es sin duda la inexistencia de normas que regulen las relaciones entre autoridades de distintos Estados involucradas en un mismo proceso. Dichas relaciones no han sido tenidas en cuenta en ambas direcciones. Es decir, tanto la recepción por parte de la autoridad judicial que conoce del fondo de la cuestión de una medida cautelar procedente de otra autoridad y emitida conforme al foro alternativo; como la posibilidad de que esta última obtenga información del tribunal que conoce del asunto principal a la hora de decidir sobre la solicitud de una medida.

II.2.2. La competencia judicial internacional para la adopción de medidas cautelares en el modelo europeo de cooperación judicial.

II.2.2.1. Los foros de competencia para la emisión de medidas cautelares en el modelo europeo: el régimen general.

Como se ha visto, el modelo europeo en el ámbito civil establece con carácter general, en materia de solicitud de medidas provisionales o cautelares, un doble foro de competencia judicial internacional. El primero de estos foros es el que otorga la

⁷⁸⁴ Consejo de la Unión Europea, *Reglamento (CE) n° 4/2009, op.cit.* nota 747, artículo 14.

posibilidad de emitir medidas cautelares a las autoridades competentes para dilucidar el fondo del litigio. La justificación de este criterio competencial se encuentra en la naturaleza instrumental de las mismas.⁷⁸⁵ Resulta claro que, si la motivación para la adopción de una medida cautelar ha de encontrarse en el proceso principal, los tribunales que conocen de dicho proceso han de estar facultados también para decidir qué medidas provisionales son necesarias en cada momento del mismo. Este sistema de asignación de competencial judicial internacional no es original del modelo europeo, y algunos de los Estados miembros lo aplicaban con anterioridad en su sistema autónomo, como es el caso de Italia.⁷⁸⁶ Sin embargo, la inclusión del mismo en el sistema europeo presenta una particularidad, y es que aparece siempre ligado a instrumentos que armonizan, para los Estados miembros, los criterios de asignación de la competencia judicial internacional. De modo que, en el contexto de la Unión Europea, la armonización de dichos criterios ha supuesto igualmente, la armonización de las competencias para la adopción de medidas cautelares cuando estas proceden de las autoridades que conocen del fondo.

El segundo de los foros previstos en el modelo europeo es el foro alternativo contenido actualmente en el artículo 35 del Reglamento Bruselas Ibis entre otros. El TJUE ha establecido una serie de condiciones para la posibilidad de que las medidas provisionales puedan ser adoptadas por una autoridad distinta de la competente para el asunto principal. La primera de ellas es la existencia de una conexión real con las medidas que pretendan adoptarse. Sin embargo, y a pesar de que la jurisprudencia del TJUE ha hecho referencia en repetidas ocasiones al elemento territorial como dicho nexo de conexión,⁷⁸⁷ el legislador europeo no ha incorporado en su regulación ninguna especificación en cuanto a qué criterios pueden ser empleados para determinar la existencia de una conexión suficiente. La identificación de las autoridades competentes de acuerdo con este foro alternativo resulta sencilla en instrumentos como el embargo, tanto de bienes muebles como inmuebles,⁷⁸⁸ o la imposición de una obligación de no hacer,⁷⁸⁹ puesto que este tipo de medidas presentan una conexión directa con un determinado territorio, aquel en el que se encuentran los bienes o donde la acción prohibida no puede realizarse. La situación resulta más compleja sin embargo para otro

⁷⁸⁵ Garcimartín Alférez, «La competencia judicial para adoptar medidas cautelares: el caso IBERDROLA vs EDF», *op.cit.* nota 718: 2.

⁷⁸⁶ Collins, «Provisional and protective measures in international litigation», *op.cit.* nota 686:106.

⁷⁸⁷ Especialmente en el caso de: Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto Mietz, *op.cit.* nota 715 .

⁷⁸⁸ Previsto en el ordenamiento español en el artículo 727 1ª de la *Ley 1/2000*, *op.cit.* nota 688.

⁷⁸⁹ *Ibid.*, artículo 727 7ª.

tipo de medidas como aquellas que exigen pagos adelantados o la formación de inventarios de bienes, cuya conexión puede ser a varios Estados sin que la existente con uno sea superior a otra.⁷⁹⁰ Por ese motivo resulta aún más sorprendente que no se haya aprovechado la reforma del régimen general de Bruselas I para incorporar una mayor claridad en relación a esta cuestión. Si bien es cierto que la aproximación en materia cautelar ha sido vista siempre como extremadamente compleja⁷⁹¹ lo es igualmente que, aspectos en los que las reticencias y las posiciones de los Estados miembros eran igual de antagónicas, el modelo europeo ha avanzado hacia la integración y la armonización de los criterios de competencia judicial, como es el caso de los demandados domiciliados fuera de la UE.⁷⁹²

La segunda de las condiciones a la que el TJUE ha sometido la posibilidad de que las autoridades no competentes para conocer del fondo adopten medidas cautelares es la necesidad de asegurar el carácter provisional de las mismas y por lo tanto su revocabilidad.⁷⁹³ Esta exigencia parecería determinar la exclusión, dentro de las medidas que pueden solicitarse en el marco de este foro alternativo, de aquellas de carácter anticipatorio o de ejecución provisional. Se trata de aquellas medidas cuyo objetivo no es ya el de “mantener mantener una situación de hecho o de Derecho”,⁷⁹⁴ sino el regular las relaciones entre las partes con carácter previo a la adopción de la decisión final, a las que la LEC identifica como aquellas “que consistan en órdenes y prohibiciones de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso, sin prejuzgar la sentencia que en definitiva se dicte”.⁷⁹⁵ Un ejemplo característico de este tipo de medidas en el caso del ordenamiento español es la obligación de cesar en una determinada actividad, petición que constituye habitualmente, tanto el contenido de la solicitud de medidas cautelares como la petición que se realiza en el asunto principal. En la sentencia en el asunto Van Uden sin embargo, el TJUE interpretó que, a pesar de que estas medidas de ejecución

⁷⁹⁰ Schlosser, («Provisional measures», *op.cit.* nota 768, 309,) nos recuerda que de acuerdo con la interpretación realizada por el TJUE en el Asunto Van Uden, en este tipo de supuestos se consideraría que existe dicha conexión real siempre y cuando la medida adoptada se refiera únicamente a los bienes presentes en el territorio de la autoridad que dicte la misma. La admisión de esta competencia judicial internacional para este tipo de medidas significaría una fragmentación de la misma, inadmisibles en el marco de los objetivos del modelo europeo.

⁷⁹¹ F. Pocar, «Informe explicativo» sobre el Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil firmado en Lugano el 30 de octubre de 2007, DO C-319, de 23 de diciembre de 2009», 2009.

⁷⁹² C. Honorati, «Medidas provisionales y revisión del Reglamento Bruselas I: una oportunidad perdida para mejorar la regulación», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado* 11 (2011): 216.

⁷⁹³ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto Van Uden Maritime BV, *op.cit.* nota 715, párrafo 41.

⁷⁹⁴ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto Reichert, *op.cit.* nota 715, párrafo 34.

⁷⁹⁵ *Ley 1/2000*, *op.cit.* nota 128, artículo 726.2.

anticipada no entraban en la definición original contenida en la decisión en el Asunto Reichert, debían ser consideradas como decisiones provisionales y por lo tanto incluidas en el concepto europeo de medida cautelar. Aunque para ello se exigía que:

“se garantice al demandado la devolución de la cantidad concedida en el supuesto de que el demandante no viera estimadas sus pretensiones sobre el fondo del asunto y, por otra parte, la medida solicitada sólo se refiera a determinados bienes del demandado que estuvieren situados, o debieran estar situados, dentro de la esfera de competencia territorial del juez que conozca del asunto”.⁷⁹⁶

Esta redacción planteó entre la doctrina la duda sobre si era necesario que, en cualquier caso el demandado presentase una caución suficiente para cubrir los posibles daños derivados de la adopción de una medida semejante o bien, era suficiente con que “una medida provisional de pago pueda ser revocada si, como consecuencia del procedimiento de fondo, se demuestra que la pretensión del acreedor era infundada, con el consiguiente derecho de reembolso”⁷⁹⁷ o si, por el contrario, las palabras del TJUE debían interpretarse en el sentido de que la emisión de este tipo de medidas exigía la prestación de caución por parte del demandante. La lectura de los párrafos 39 y 41 de la sentencia parece apoyar la primera de las soluciones enunciadas puesto que recuerda con insistencia la necesidad de “que incumbe al órgano jurisdiccional que adopta medidas provisionales fundándose en el artículo 24 tener en cuenta la necesidad de imponer condiciones o exigencias destinadas a garantizar el carácter provisional o cautelar de las medidas”.⁷⁹⁸ Si además se tiene en cuenta que el artículo 35 del Reglamento Bruselas I bis continúa haciendo referencia a las “medidas previstas por la ley de dicho Estado miembro”,⁷⁹⁹ parece evidente que será el ordenamiento de cada Estado miembro el que determine qué garantías de provisionalidad han de ofrecerse para los distintos tipos de medida cautelar anticipatoria. En el caso español la LEC requiere, como norma general que “Salvo que expresamente se disponga otra cosa, el solicitante de la medida cautelar deberá prestar caución suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida

⁷⁹⁶ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto Van Uden Maritime BV, *op.cit.* nota 715, párrafo 47.

⁷⁹⁷ M.A. Lupoi, «L’attuazione negli altri Stati membri dei provvedimenti provvisori e cautelari nel regolamento UE n. 1215 del 2012 (Bruxelles I bis)», en *Il processo esecutivo. Liber amicorum Romano Vaccarella*, ed. B Capponi y al. (Turín: Utet, 2014), 1523.

⁷⁹⁸ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia, Asunto Van Uden Maritime BV, *op.cit.* nota 715, artículo 41.

⁷⁹⁹ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Reglamento (UE) n° 1215/2012*, *op.cit.* nota 128, artículo 35.

cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado”.⁸⁰⁰ Por lo tanto, en este caso la caución habrá de prestarse con independencia de que se trate de medidas conservadoras o anticipatorias. De nuevo aparece en este régimen una incoherencia respecto del modelo europeo de cooperación puesto que éste tiende en su versión actual a la armonización de las garantías procesales y los derechos fundamentales del demandado⁸⁰¹ mientras que, en este caso, deja que sea el ordenamiento propio del Estado el que fije una cuestión tan importante como la garantía de que no va a sufrir perjuicios permanentes como consecuencia de una medida de provisional.

II.2.2.2. *Los foros de competencia para la emisión de medidas cautelares en el modelo europeo: excepciones a la norma general.*

A pesar de que el modelo general de competencia judicial internacional para la tutela cautelar en el espacio europeo de justicia es el de la existencia de un doble foro alternativo, el legislador europeo ha optado por soluciones diferentes en alguno de los instrumentos adoptados. En concreto, como se ha visto con anterioridad,⁸⁰² el Reglamento Bruselas IIbis, incluye una versión modificada del régimen general en la que la posibilidad de adopción de medidas por una autoridad que no es competente para conocer sobre el fondo de la cuestión se somete a la exigencia de una situación de urgencia. Se establece además en este caso, que las medidas quedarán sin efecto cuando hayan sido adoptadas otras de efecto equivalente por la autoridad competente para conocer sobre el fondo de la cuestión.⁸⁰³ Este Reglamento no mantiene, por lo tanto, la doble vía para todos los supuestos, sino solo para aquellos caracterizados por la urgencia de la situación, y dando a las medidas adoptadas en el foro alternativo un carácter temporal. El Reglamento 2201/2003 se limitó a recoger la disposición contenida en el antiguo artículo 24 de Convenio de Bruselas de 1968, pero incorporando estas dos condiciones como mecanismos para dar prioridad a las decisiones adoptadas por autoridades que estableciesen su competencia en base a criterios incluidos en esta norma. Limitando así la eficacia de las medidas provisionales impuestas con base en competencias fijadas en los sistemas autónomos de los Estados miembros.⁸⁰⁴

⁸⁰⁰ Ley 1/2000, *op.cit.* nota 688, artículo 728.1.

⁸⁰¹ Vid. *supra*, capítulo 3, apartado I.1.

⁸⁰² Vid. *supra* apartado I.1.3.

⁸⁰³ Consejo de la Unión Europea, *Reglamento (CE) n° 2201/2003*, *op.cit.* nota 232, artículo 20.

⁸⁰⁴ A. Borrás, «Informe explicativo» sobre el Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia matrimonial, de 28 de mayo de 1998, DO 221, de 16 de julio de 1998», 1998, párrafo 59.

Una variación más contundente es la que propone la Orden Europea para la retención de cuentas bancarias.⁸⁰⁵ En este caso el legislador europeo ha optado por conceder competencia para la adopción de este título europeo, con carácter exclusivo a las autoridades judiciales competentes para la adopción de una decisión sobre el fondo. En efecto, con independencia de que la OERC se solicite antes de la emisión de una decisión final (embargo preventivo), o una vez se haya obtenido ésta (embargo ejecutivo), el interesado habrá de acudir ante los tribunales que tengan competencia para dilucidar el litigio principal.⁸⁰⁶ La propuesta original por parte de la Comisión Europea⁸⁰⁷ recogía en cambio el sistema previsto en el Reglamento Bruselas Ibis. Así el artículo 6 de la misma disponía que, como alternativa al foro principal de los tribunales competentes para conocer sobre el fondo, la OERC podía solicitarse ante los tribunales del Estado miembro en el que se encontrase la cuenta bancaria.⁸⁰⁸ Se establecía además un régimen de reconocimiento y ejecución de resoluciones idéntico al propuesto en el Reglamento 1215/2012 puesto que solo las órdenes emitidas por los tribunales competentes para conocer del fondo de la cuestión tenían concedido el beneficio de la eliminación del exequátur y por lo tanto podían circular libremente en el territorio de los diferentes Estados miembros.⁸⁰⁹ La eliminación de este foro alternativo se produjo como consecuencia de la propuesta por parte del Consejo de la Unión Europea. Así, en las prioridades adoptadas el 22 de noviembre de 2012 se consideró que, dentro de un grupo más amplio de medidas dirigidas a alcanzar un equilibrio adecuado entre los intereses del acreedor y del deudor, el Reglamento debía incluir un solo tribunal como competente para la adopción de la OERC.⁸¹⁰ En un claro intento por simplificar las cuestiones relativas a la competencia judicial para la adopción de medidas cautelares en la Unión Europea, el resultado ha sido aún más complejo. Y ello porque la coexistencia del artículo 31 del Reglamento Bruselas Ibis y el artículo 6 del Reglamento de la OERC ha creado una situación en la que, para la obtención de un embargo preventivo de cuentas bancarias en la Unión Europea existen dos regímenes distintos. Así, un

⁸⁰⁵ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Reglamento (UE) n° 655/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo*, op.cit. nota 725.

⁸⁰⁶ *Ibid.*, artículo 6.

⁸⁰⁷ R. Miquel Sala, «La futura orden europea de retención de cuentas para simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil», *Cuadernos de derecho transnacional* 4, n.º 2 (2012): 217-47.

⁸⁰⁸ Comisión Europea, *COM(2011) 455 final de 25 de julio de 2011, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas a fin de simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil*.

⁸⁰⁹ *Ibid.*, artículo 23.

⁸¹⁰ Presidencia del Consejo de la Unión Europea, *Comunicación de la Presidencia al Consejo, Documento JUST/CIV/335 de 22 de noviembre de 2012*, 2012.

ciudadano domiciliado en un Estado A, que pretenda obtener un embargo sobre las cuentas, situadas en el mismo Estado A, del deudor domiciliado en el Estado B derivadas de un impago de un contrato de compraventa con entrega de mercancías en este mismo Estado puede actuar de las siguientes maneras: i) solicitar la OERC ante las autoridades competentes para conocer del fondo del asunto, en este caso los tribunales del Estado B de domicilio del deudor (foro principal) o de cumplimiento de la obligación (foro especial en materia contractual). Así, la OERC podría ser ejecutada sin necesidad de exequátur en el territorio de la UE; ii) solicitar una medida cautelar de embargo preventivo de derecho autónomo en el Estado de localización de las cuentas del deudor de acuerdo con el artículo 35 del Reglamento 1215/2012. En este caso la medida tendría efectos limitados al territorio de dicho Estado.

La intención de equilibrio entre los derechos de ambas partes perseguidas con la eliminación del foro alternativo del lugar en el que se encuentran las cuentas a efectos de la OERC queda desvirtuada por la persistencia de dicho foro, con carácter general para todas las medidas cautelares, en el Reglamento Bruselas I bis.

II.3. La ejecución de las medidas cautelares y los derechos de la persona afectada.

II.3.1. El reconocimiento y la ejecución de medidas cautelares en el modelo europeo de cooperación judicial.

II.3.1.1. La eficacia extraterritorial de las decisiones de imposición de medidas cautelares.

Con carácter general puede afirmarse que el modelo europeo ha supuesto la supresión – más o menos profunda – del exequátur para las medidas cautelares adoptadas por las autoridades competentes para conocer del fondo del litigio principal. Así, en el caso del Reglamento 1215/2012 este tipo de medidas se someten al mecanismo de reconocimiento previsto, de manera general, para las decisiones judiciales en materia civil y mercantil.⁸¹¹ Se benefician de un procedimiento de ejecución que, en realidad, y al contrario de lo que había sido la intención original de las instituciones europeas, “vincula la eliminación del exequátur con la adopción de salvaguardas y posibilidades de control en el Estado requerido mucho más amplias que las que acompañan a la

⁸¹¹ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Reglamento (UE) n° 1215/2012, op.cit.* nota 128, artículo 2 letra a.

supresión del exequátur en otros instrumentos de la Unión”.⁸¹² En efecto, los artículos del Capítulo III del Reglamento 1215/2012 recogen un modelo de ejecución en el que el principio de reconocimiento mutuo se aplica de manera menos automática de lo que se pretendía al inicio del proceso de reforma del régimen de Bruselas I, limitándose a la eliminación del proceso de declaración de ejecutividad y reconociendo la fuerza ejecutiva otorgada a la resolución en el ordenamiento jurídico del Estado de emisión.⁸¹³ El carácter limitado de la supresión del exequátur resulta, sin embargo, especialmente cierto en relación a los motivos de denegación del reconocimiento y la ejecución que se encuentran especificados en el artículo 45 del Reglamento.⁸¹⁴ El listado recoge las mismas motivaciones que aparecían ya en la versión anterior de esta norma, procediendo simplemente a su ordenación.⁸¹⁵

La cuestión de la eficacia extraterritorial de las decisiones en materia de medidas cautelares es completamente distinta en relación con aquellas procedentes de autoridades cuya competencia se fundamente en el foro alternativo, y por lo tanto, en criterios competenciales de derecho autónomo de cada Estado miembro. En este caso, las resoluciones tendrán una eficacia limitada a su propio territorio y no podrá aplicárseles el modelo europeo de reconocimiento mutuo. Lo que hay detrás de esta elección del legislador europeo es el temor a la aplicación, por parte de los Estados miembros, de foros exorbitantes previstos en sus ordenamientos internos, o a la adopción de medidas específicas no incluidas en el incipiente concepto autónomo europeo.⁸¹⁶ Como consecuencia, en el proceso de reforma se optó por incluir la limitación a la eficacia extraterritorial de este tipo de decisiones, recogiendo así la interpretación que el TJUE había realizado en el Asunto Purrucker.⁸¹⁷ En ese caso el TJUE consideró “que el sistema de reconocimiento y ejecución previsto por el

⁸¹² P. de Miguel Asensio, «El nuevo Reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones», *La Ley*, n.º 8013 (2013): 13.

⁸¹³ Sánchez Lorenzo, «El nuevo sistema de reconocimiento y ejecución de resoluciones en el Reglamento (UE) 1215/2012 (Bruselas I bis)», 7.

⁸¹⁴ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, DO L 351, de 20 de diciembre de 2012, pág. 1-32., artículo 45.

⁸¹⁵ Los motivos de denegación del reconocimiento o ejecución a una decisión, entre ellas las de medidas cautelares, se analizarán en el siguiente epígrafe de este mismo capítulo conjuntamente con el proceso de oposición. *Vid. infra* II.3.2.

⁸¹⁶ Honorati, «Medidas provisionales y revisión del Reglamento Bruselas I: una oportunidad perdida para mejorar la regulación», *op.cit.* nota 792, 216.

⁸¹⁷ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto Purrucker I, *op.cit.* nota 270.

Reglamento nº 2201/2003 no es aplicable a las medidas incluidas en su artículo 20”.⁸¹⁸ Sin embargo, y puesto que la regulación incluida replica la conclusiones alcanzadas en el asunto Purrucker, el reconocimiento y ejecución de este tipo de medidas podrá alcanzarse a través de la aplicación de normas nacionales si estas lo permiten, al menos mientras el reconocimiento y la ejecución de decisiones judiciales no se encuentren completamente armonizados a nivel europeo.⁸¹⁹ En el caso del ordenamiento español el reconocimiento de decisiones extranjeras que adopten medidas cautelares se somete a las condiciones estipuladas en el artículo 41.4 de la nueva Ley 29/2015 de cooperación jurídica.⁸²⁰ Así, se reconocerán solo cuando su denegación suponga una vulneración de la tutela judicial efectiva y siempre que se hayan adoptado previa audiencia de la parte contraria.

El legislador europeo parece haber decidido adoptar la limitación impuesta por el Tribunal de Justicia como parte del régimen general, a pesar de que la misma se refiere a un instrumento legislativo en el que las condiciones para la adopción de medidas cautelares el carácter de urgencia de la situación y su substitución posterior – por parte de aquellas autoridades que, de acuerdo con las reglas armonizadas de competencia, no podría conocer sobre el fondo de la cuestión, no son aplicables en el caso del sistema Bruselas. Al establecer esta excepción el legislador transmite la idea de que sólo en caso de que exista una armonización suficiente de las normas procesales, en este caso en relación a la competencia judicial internacional, puede considerarse que la decisión resulta ejecutable de acuerdo con el modelo europeo de cooperación. Desde esta perspectiva se deniega la posibilidad de que el principio de confianza mutua pueda operar en sectores no armonizados, y por lo tanto que el principio de reconocimiento mutuo pueda aplicarse únicamente con base en esta confianza entre Estados miembros, contrariamente a lo que las instituciones europeas habían afirmado desde los orígenes del ELSJ.⁸²¹ Puede afirmarse así que la solución elegida no resulta acorde con la motivación del propio Reglamento y en general, con la construcción de un espacio de justicia a nivel europeo. Una evolución más adecuada sería el establecimiento de un foro único a favor de los tribunales competentes para conocer sobre el fondo de la

⁸¹⁸ *Ibid.*, párrafo 83.

⁸¹⁹ Heinze, «Choice of court agreements, coordination of proceedings and provisional measures in the reform of the Brussels I Regulation», *op.cit.* nota 727, 615.

⁸²⁰ Ley 29/2015, *op.cit.* nota 8, artículo 41.4.

⁸²¹ Sobre la indeterminación de las relaciones entre los principios de confianza mutua, reconocimiento mutuo y armonización en los instrumentos más recientes del modelo europeo de cooperación judicial vid. supra, capítulo 3, apartado I.2.

cuestión, junto con la delimitación clara y autónoma del concepto europeo de medida cautelar o provisional, unido a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo y la eliminación del exequátur. En esta línea avanza el Reglamento de creación de la OERC. En el caso de la OERC se ha optado por esta última opción de modo que, como se ha expuesto anteriormente, solo los tribunales competentes para conocer sobre el fondo del litigio podrán emitir este título europeo, lo que garantiza a cambio la libre circulación de este en el territorio de los Estados miembros.⁸²² El procedimiento de reconocimiento y ejecución de una OERC incorpora una eliminación más profunda del procedimiento de exequátur, al igual que ocurría ya con otros procesos judiciales europeos como el caso del Título ejecutivo para créditos no impugnados.⁸²³ De nuevo puede verse como la aplicación del principio de reconocimiento alcanza una mayor intensidad cuando, las normas procesales que dan lugar a la decisión que ha de aplicarse en otro Estado miembro, han sido previamente armonizadas.

II.3.1.2. *La adaptación de las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico de recepción.*

Uno de los problemas que plantea la eficacia extraterritorial de las medidas provisionales se deriva de la inexistencia, en todos los Estados miembros, de los mismos tipos de medidas o de las mismas medidas concretas. De este modo, cuando un Estado miembro ha de proceder al reconocimiento y ejecución de las medidas solicitadas, lo hará aplicando un mecanismo previsto en su derecho procesal equivalente al incluido en la solicitud o bien, si éste no existe, otro cuyos resultados sean equivalentes a los de la solicitud. Esta exigencia, característica de las medidas cautelares es aplicable, con carácter general a todas las medidas de ejecución,⁸²⁴ tal y como reconoce el artículo 54 del Reglamento Bruselas Ibis.⁸²⁵ La necesidad de adaptación no es exclusiva del modelo europeo de cooperación, sino que está presente con carácter general en las regulaciones de DIPr de todos los Estados. Y ello porque se deriva de la propia naturaleza de la tarea de aplicación, en un ordenamiento, de una decisión adoptada en otro con características y tradiciones distintas. En el caso español, la

⁸²² *Vid. supra*, apartados II.1.2 y II.2.2.

⁸²³ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Reglamento (CE) 805/2004, op.cit.* nota 103.

⁸²⁴ Arenas García, «Las medidas provisionales y cautelares en el Reglamento Bruselas I: de la regulación actual a la regulación proyectada», *op.cit.* nota 716, 7.

⁸²⁵ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Reglamento (UE) n° 1215/2012, op.cit.* nota 128, artículo 54.

necesidad de adaptación de las medidas ejecutivas aparece regulada actualmente en la Ley de cooperación jurídica.⁸²⁶

Los problemas derivados de la gran diversidad de modalidades de medidas cautelares existentes en el contexto de los países de la Unión Europea fue estudiada con intensidad en el Informe Heidelberg.⁸²⁷ Hess⁸²⁸ considera que dos tipos de medidas las que plantean la mayor parte de problemas de adaptación entre ordenamientos jurídicos: las *freezing orders*, las órdenes de no hacer y los pagos anticipados o a cuenta. En relación a las *freezing orders* también conocidas como *Mareva injunctions*, la literatura ha analizado al detalle la problemática que genera el intento de aplicar este tipo de medidas en sistemas de derecho continental.⁸²⁹ En cuanto a las órdenes de no hacer el ejemplo paradigmático de medidas cuya adaptación plantea problemas es el de la *anti-suit injunction*.⁸³⁰ Sin embargo otro tipo de medidas, a pesar de existir en los dos ordenamientos interesados, pueden generar importantes problemas como consecuencia de la diferente regulación de las mismas en estos. Es el caso del litigio que dio lugar a la STJUE en el asunto DHL Express France,⁸³¹ y que Gascón Inchausti considera como motivación para la inclusión en la ley española del artículo 54 relativo a la adaptación.⁸³² Se planteaba en este caso si era posible reconocer la eficacia, en Estados miembros donde no existe una posibilidad semejante, de una *astreinte* francesa.⁸³³ Una multa coercitiva que se impone en derecho francés como consecuencia del incumplimiento de una obligación de no hacer, y que tiene la particularidad de ser cobrada por el acreedor y no por el Estado. La respuesta ofrecida por el Tribunal en este caso incluye criterios de gran importancia para el establecimiento de patrones que los Estados han de aplicar a la hora de proceder a la adaptación de medidas cautelares o

⁸²⁶ Ley 29/2015, *op.cit.* nota 8.

⁸²⁷ B. Hess, T. Pfeiffer, y P. Schlosser, eds., «Report on the application of Regulation Brussels I in the Member States», 2007.

⁸²⁸ B. Hess, «Minimum procedural standards for enforcement of provisional and protective measures at the European level», *European Business Law Review* 17, n.º 3 (2006): 765-84.

⁸²⁹ Sobre esta cuestión *vid. inter alia*, L. Collins, «The territorial reach of Mareva Injunctions», en *Essays in International litigation and the conflict of laws* (Oxford: Clarendon Press, 1994), 189-225; C. Kessedjian, «First impressions of the transnational Rules of Civil Procedure», *International Law Journal* 33 (1998): 477-80; M.J. Domínguez, «Using prejudgement attachments in the European Community and the US», *Journal of Transnational Law and Policy* 5, n.º 41 (s. f.): 41-52.

⁸³⁰ Una cuestión que el TJUE tuvo ya oportunidad de evaluar en relación al Reglamento Bruselas I. Cfr. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 10 de febrero de 2009, C-185/07, Asunto Allianz y Generali Assicurazioni Generali, ECLI:EU:C:2009:69; *ibid.*, Asunto Gazprom, *op.cit.* nota 313.

⁸³¹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 12 de abril de 2011, C-235/09, Asunto DHL Express France, ECLI:EU:C:2011:238.

⁸³² F. Gascón Inchausti, «Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la ley de cooperación jurídica internacional en materia civil», *Cuadernos de derecho transnacional* 7, n.º 2 (2015): 164.

⁸³³ Francia, *Code des procédures civiles d'exécution*, 2012, artículos L131-1 a L131-4.

ejecutivas. Así, el Tribunal considera que habrán de buscarse en el derecho interno del Estado de ejecución, aquellas disposiciones que permita alcanzar un “efecto equivalente” en relación al “objetivo” que perseguía la adopción, en el Estado de origen, de la decisión. Así, en el caso de la *astreinte* francesa, no parece que el tribunal imponga la exigencia, a los tribunales de reconocimiento, de que adopten una multa coercitiva cuyo pago sea recibido por el acreedor en el asunto principal, puesto que el objetivo de la medida original no es el enriquecimiento de este, sino garantizar el cese de la actividad que se ha prohibido. La aplicación de una multa coercitiva cuyo cobro revierta en el Estado debería, por lo tanto, considerarse como de efecto equivalente. Lo mismo ocurre en el caso de las *freezing orders*. El objetivo de las mismas es, de acuerdo con las normas de procedimiento civil inglesas, el de “(i) restraining a party from removing from the jurisdiction assets located there; or (ii) restraining a party from dealing with any assets whether located within the jurisdiction or not”.⁸³⁴ Por lo tanto su aplicación en el ordenamiento español, respecto de bienes situados en España, podría realizarse a través de un embargo preventivo de bienes tal y como este aparece previsto en el artículo 727.1ª de la LEC,⁸³⁵ puesto que el resultado de la aplicación de este es la imposibilidad para la parte afectada de disponer de sus bienes, cumpliendo así el objetivo de la *freezing order*. Gran parte de los problemas derivados de los procesos de adaptación se plantean desde la perspectiva de la necesidad de reproducir, en el Estado de ejecución, el contenido de la medida extranjera. Sin embargo, el modelo europeo de cooperación exige exclusivamente el efecto equivalente, es decir, la equivalencia en cuanto a los resultados obtenidos, imponiendo por lo tanto una obligación respecto al fin y no a los medios.

En este contexto cabe preguntarse si, en el modelo europeo de cooperación, resulta necesario, a efectos de eficacia de las medidas provisionales, proceder a la armonización de las modalidades de tutela cautelar. La respuesta parece ser negativa, puesto que puede obtenerse un resultado similar a través de la armonización de las normas de DIPr relativas a la competencia y reconocimiento de decisiones de medidas provisionales, como es el caso del artículo 35 del Reglamento 1215/2012, evitándose por lo tanto la necesidad de proceder a una armonización mayor y más compleja: la del contenido de las medidas cautelares concretas disponibles en cada uno de los ordenamientos jurídicos

⁸³⁴ Supreme Court of England and Wales y County Courts, *Civil Procedure Rules*, No 3132 (L-17), 1999, regla 25.1 letra f.

⁸³⁵ Gascón Inchausti, «Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la ley de cooperación jurídica internacional en materia civil», *op.cit.* nota 832: 165.

de los distintos Estados miembros. Al habilitar este foro alternativo, el actor puede solicitar y obtener una medida eficaz en el Estado miembro cuyas autoridades están en disposición de adoptar y ejecutar de manera eficaz la medida que se solicita, garantizando por lo tanto que el solicitante pueda obtener los resultados deseados de manera rápida, sin que la falta de uniformidad se convierta en un problema. Ahora bien, esta solución no responde a la aplicación del modelo europeo de cooperación judicial. Y esta discordancia no se refiere únicamente a la exclusión de este tipo de medidas de la aplicación del principio de reconocimiento mutuo, sino también al propio fundamento de dicho modelo, la protección de la tutela judicial efectiva de los ciudadanos.⁸³⁶ Y ello porque exige al demandado que pretenda oponerse a la resolución de la medida, un esfuerzo elevado de tiempo y costes, que puede resultar perjudicial para su capacidad de obtener la correcta protección de sus derechos y la satisfacción de sus pretensiones.⁸³⁷ Un esfuerzo especialmente gravoso si se tiene en cuenta que los tribunales asumirán competencia en este tipo de supuestos de acuerdo con los criterios previstos en su derecho nacional aumentando así la incertidumbre para el deudor que el sistema de Bruselas pretendía evitar.⁸³⁸

II.3.2. El equilibrio entre los derechos de las partes en la obtención de tutela cautelar en el modelo europeo de cooperación judicial.

II.3.2.1. Las condiciones para la adopción de medidas cautelares como garantías de los derechos del demandado.

La tutela cautelar constituye uno de los aspectos de derecho procesal que implica mayores dificultades a la hora de determinar el correcto equilibrio entre los derechos del demandante y los derechos del demandado.⁸³⁹ Con carácter general puede afirmarse que la protección del demandado se articula a través de tres instrumentos: i) el control del *fumus bonis iuris* y el *periculum in mora*; ii) la caución y, iii) la posibilidad de recurrir la ejecución de la medida.⁸⁴⁰ Por otra parte y como consecuencia de la naturaleza de las medidas que se pretenden obtener en materia cautelar, su ejecución satisfactoria

⁸³⁶ Honorati, «Medidas provisionales y revisión del Reglamento Bruselas I: una oportunidad perdida para mejorar la regulación.», *op.cit.* nota 792.

⁸³⁷ Sobre esta cuestión *vid. infra* apartado II.3.2.

⁸³⁸ En este sentido cfr. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Reglamento (UE) n° 1215/2012*, *op.cit.* nota 128, considerando 9.

⁸³⁹ Garcimartín Alférez, El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional, *op.cit.* nota 692, 4-5.

⁸⁴⁰ Hess, «Minimum procedural standards for enforcement of provisional and protective measures at the European level», *op.cit.* nota 828, 770-772.

requiere, en muchas ocasiones, el uso del efecto sorpresa en relación a la persona afectada,⁸⁴¹ dando así lugar a la posibilidad de adopción de medidas *in audita parte* como mecanismo de protección del demandante. El tratamiento que cada uno de los Estados miembros realiza de estos aspectos de la tutela cautelar es altamente divergente, dando lugar en ocasiones a reticencias en la aplicación del modelo europeo de cooperación judicial por parte de las autoridades de los Estados miembros. La primera de las garantías para el demandado se deriva, como es bien sabido,⁸⁴² de la necesidad de que, al solicitar las medidas provisionales, el demandante haya de “assert the existence of a claim on the merits”⁸⁴³ sin que, sin embargo pueda exigirse que “el material que el juez deba tomar en consideración para otorgar la medida, tenga que ser el mismo que el necesario para resolver sobre el objeto del proceso principal”⁸⁴⁴ (*fumus bonis iuris*); y que existe un peligro o riesgo para la realización del interés del actor como consecuencia de la imposibilidad de obtener la “realización de su derecho”⁸⁴⁵ de manera inmediata (*periculum en mora*). En segundo lugar, el establecimiento de la obligación de depositar una caución supone una garantía para el demandado en relación a la reversibilidad de las medidas que se adopten. La mayor parte de Estados miembros disponen de reglas en relación a esta obligación, aunque el alcance de la misma no es equivalente.⁸⁴⁶ Respecto de estas dos garantías el modelo europeo no ha entrado a regular que modalidades han de ser aplicadas, ni siquiera a efectos de permitir el reconocimiento de decisiones cautelares o provisionales en el territorio de los Estados miembros. Estos aspectos, al igual que, en general, el procedimiento para la adopción de este tipo de medidas, se dejan a merced de su estipulación en los derechos internos. La consecuencia fundamental de ello es la importancia que adquiere el poder de control, por parte del juez de la ejecución, del proceso de adopción de las medidas cautelares, en relación al respeto de los derechos de defensa y las garantías procesales aplicables al caso concreto. Una excepción a la regla general que deja en manos del derecho nacional estas cuestiones puede encontrarse en el caso de la OERC que, al tratarse de un procedimiento para la obtención de un título ejecutivo armonizado ha incorporado una

⁸⁴¹ Heinze, «Choice of court agreements, coordination of proceedings and provisional measures in the reform of the Brussels I Regulation», *op.cit.* nota 727, 615.

⁸⁴² M. Ortells Ramos, *Las medidas cautelares* (Madrid: La Ley, 2000).

⁸⁴³ Hess, «Minimum procedural standards for enforcement of provisional and protective measures at the European level», 770.

⁸⁴⁴ Ortells Ramos, *Derecho procesal civil*, *op.cit.* nota 547: 939.

⁸⁴⁵ Garcimartín Alférez, El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional, *op.cit.* nota 692, 5.

⁸⁴⁶ Schlosser, «Provisional measures», *op.cit.* nota 768, 311. En el caso español se trata de un imperativo para cualquier medidas provisional o cautelar, según lo previsto en el artículo 737 de la LEC.

detallada lista de las condiciones para la emisión de esta medida cautelar. Así, el artículo 7 especifica los conceptos de *fumus bonis iuris* y *periculum in mora*, mientras que el artículo 12 dispone que, cuando la OERC se dicte como medida cautelar antes de la obtención de una resolución judicial definitiva,⁸⁴⁷ la prestación de caución será obligatoria. Por el contrario, si se trata de una medida en fase de ejecución será potestad del tribunal de emisión de la OERC valorar la necesidad de la misma. La adaptación de este precepto al ordenamiento español requerirá la revisión del artículo 737 de la LEC para incluir esta posibilidad en el caso de la emisión de una OERC.⁸⁴⁸

II.3.2.2. *Las medidas in audita parte y el sistema de recursos.*

El último de los elementos que sirve al deudor como garantía de sus derechos es la posibilidad de recurrir la decisión por la que se imponen medidas en su contra. Una posibilidad que se encuentra directamente relacionada con las opciones de participar, en general, en el procedimiento cautelar, que el derecho procesal en materia civil le ofrezca. En efecto, es frecuente encontrar en las legislaciones de los Estados miembros la posibilidad de que las medidas provisionales sean dictadas *ex parte* con el objetivo de evitar que el deudor pueda reaccionar de mala fe al intento de protección de sus derechos por parte del acreedor, y frustrando así el objetivo de la medida provisional.⁸⁴⁹ Esta posibilidad, frecuente en algunos Estados miembros, está fuertemente limitada en el caso del derecho español. Así el artículo 733.1 de la LEC exige que la adopción de medidas cautelares se realice previa audiencia del demandado.⁸⁵⁰ La única excepción a esta regla es la posibilidad de que el demandante alegue y demuestre la existencia de “razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar”⁸⁵¹ aunque, como consecuencia del carácter excepcional de esta norma los tribunales españoles son poco propensos a su aplicación.⁸⁵² Por lo que se refiere a la regulación de esta cuestión en el régimen general de Bruselas, se ha optado por introducir una limitación autónoma en el modelo europeo. En concreto el artículo 2 del

⁸⁴⁷ Puesto que este instrumento puede ser empleado igualmente como medida provisional en fase de ejecución, *vid. supra* apartado II.1.2.

⁸⁴⁸ *Ley 1/2000, op.cit.* nota 688 artículo 737.

⁸⁴⁹ Hess, «Minimum procedural standards for enforcement of provisional and protective measures at the European level», *op.cit.* nota 828, 771.

⁸⁵⁰ *Ley 1/2000, op.cit.* nota 688, artículo 733.1.

⁸⁵¹ *Ibid.*, artículo 733.2.

⁸⁵² Correa Delcasso, «La saisie des comptes bancaires, l'exécution provisoire, la transparence du patrimoine et les mesures conservatoires en droit espagnol.», *op.cit.* nota 774.

Reglamento 1215/2012⁸⁵³ impone que las medidas adoptadas *in audita parte* no puedan ser objeto de aplicación del principio de reconocimiento mutuo, y por lo tanto, de la eliminación del exequátur.⁸⁵⁴ Sin embargo, y consciente de la existencia de este tipo de medidas en la mayor parte de legislaciones europeas, la Comisión Europea introdujo una excepción a esta regla general, disponiendo que este tipo de resoluciones podrán ser objeto de reconocimiento cuando la resolución relativa a la medida haya sido notificada al demandado antes de su ejecución. Se realiza así una equiparación entre el tratamiento, en fase de ejecución, de las resoluciones firmes emitidas en rebeldía⁸⁵⁵ y las resoluciones *in audita parte* en materia cautelar. El problema se plantea, por el contrario, en relación a las medidas provisionales en la fase de ejecución. Así, algunos autores han resaltado la contradicción existente entre los artículos 40 y 43 del Reglamento 1215/2012.⁸⁵⁶ En efecto, el primero de ellos determina que las resoluciones con fuerza ejecutiva conllevan, en sí mismas, la facultad de adoptar las medidas cautelares necesarias en fase de ejecución, según estas estén previstas en los ordenamientos nacionales. Por su parte el artículo 43 dispone que, al instarse la ejecución de una resolución extranjera, el certificado de ejecutividad emitido por el tribunal de origen habrá de ser notificado a la persona contra la que dirija la ejecución. Una interpretación posible es considerar que el artículo 43, al requerir que la notificación se realice “antes de la primera medida de ejecución”⁸⁵⁷ “no se está refiriendo a los embargos que se pudiesen practicar en garantía del buen fin de la ejecución garantizado en el artículo 40”.⁸⁵⁸ Sin embargo, parece más respetuoso con la coherencia del Reglamento interpretar que el legislador europeo parece haber introducido una limitación a la posibilidad de que los Estados miembros ejecuten medidas provisionales sin notificación previa al interesado. De este modo, el mismo criterio contenido en el artículo 2 para las medidas cautelares, se aplica ahora en fase de

⁸⁵³ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Reglamento (UE) n° 1215/2012*, *op.cit.* nota 128, artículo 2.

⁸⁵⁴ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto Denilauler, *op.cit.* nota 715. Esta interpretación estricta respecto a la circulación de decisiones ex parte fue incluida por el TJUE en este asunto.

⁸⁵⁵ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Reglamento (UE) n° 1215/2012*, *op.cit.* nota 128, artículo 45.1 letra b.

⁸⁵⁶ Bernabéu Pérez, «El reconocimiento y ejecución en el Reglamento n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil», *op.cit.* nota 737, 12.

⁸⁵⁷ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Reglamento (UE) n° 1215/2012*, *op.cit.* nota 128, artículo 43.1.

⁸⁵⁸ Bernabéu Pérez, «El reconocimiento y ejecución en el Reglamento n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil», *op.cit.* nota 737, 10.

ejecución, toda vez que la sanción procesal de pérdida del beneficio de la libre circulación no resulta efectiva en este caso. Una posición diametralmente opuesta ha sido adoptada en el caso del Reglamento de creación de la OERC. Este, en su artículo 11,⁸⁵⁹ establece que, en cualquier caso, la OERC habrá de ser emitida sin notificación ni audiencia previa del deudor. Puesto que el reconocimiento y ejecución de este tipo de resoluciones no requiere de exequátur y se realiza de acuerdo con el régimen autónomo previsto en el Reglamento 655/2014,⁸⁶⁰ la protección del deudor en el contexto de este instrumento es sumamente inferior a aquella de la que dispone en el régimen general.

En cualquier caso, la oposición a la ejecución de las medidas cautelares constituye la defensa final de que dispone el demandado en el modelo europeo de cooperación judicial. Cuando las medidas sean solicitadas por el demandante ante el juez competente para conocer sobre el fondo de la cuestión, y sea este igualmente el encargado de su ejecución, será el derecho nacional el que determine las opciones de oposición y recurso disponibles. Las particularidades del modelo europeo interesan en este caso a efectos del reconocimiento de dichas medidas en terceros Estados puesto que como, se ha visto con anterioridad, de no ser este el foro competencial el reconocimiento y la ejecución habrán de instarse de acuerdo con el derecho interno de cada Estado miembro.⁸⁶¹ En este contexto, la oposición a la ejecución de las medidas cautelares podrá, por lo tanto, ser solicitada por la persona contra la que se dirija la ejecución, ante los tribunales designados por los Estados miembros,⁸⁶² en el caso de España los Juzgados de primera instancia, según la comunicación realizada al respecto. A partir de dicho momento, y en lo que no esté previsto por el propio Reglamento, el procedimiento de oposición se seguirá de acuerdo con el derecho interno del Estado de ejecución.⁸⁶³ Contra la decisión que se adopte en este proceso de oposición cabe recurso⁸⁶⁴ ante, en el caso de España, las Audiencias provinciales. Finalmente se prevé⁸⁶⁵ una última instancia que, en el caso de nuestro ordenamiento, corresponderá al Tribunal Supremo. Por lo que se refiere a los

⁸⁵⁹ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Reglamento (UE) n° 655/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo*, *op.cit.* nota, artículo 11.

⁸⁶⁰ *Ibid.*, capítulo 3.

⁸⁶¹ *Vid. supra* apartado II.2.2.1.

⁸⁶² Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Reglamento (UE) n° 1215/2012*, *op.cit.* nota 128, artículo 46.

⁸⁶³ Para un análisis en profundidad del impacto de esta reforma del procedimiento de reconocimiento y ejecución en el derecho procesal español *vid.* Sánchez Lorenzo, «El nuevo sistema de reconocimiento y ejecución de resoluciones en el Reglamento (UE) 1215/2012 (Bruselas I bis).», *op.cit.* nota 735.

⁸⁶⁴ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Reglamento (UE) n° 1215/2012*, *op.cit.* nota 128, artículo 49.

⁸⁶⁵ *Ibid.*, artículo 50.

motivos que pueden ser alegados para oponerse a la ejecución el Reglamento Bruselas Ibis mantiene la regulación característica de su predecesor. Así pueden encontrarse en el listado del artículo 45 y se centran en: i) el orden público, ii) las resoluciones dictadas en rebeldía salvo notificación al deudor con tiempo suficiente, iii) *ne bis in idem*.⁸⁶⁶ En materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones cautelares un punto presenta especial interés como consecuencia de la configuración de la este sector del derecho procesal en el conjunto del Reglamento 1215/2012. Se trata del control, por parte de las autoridades de ejecución de la competencia judicial alegada por el tribunal de origen de la decisión por la que se adoptan las medidas provisionales. En relación a este aspecto el TJUE ha insistido en su jurisprudencia⁸⁶⁷ en la idea de que, puesto que lo que concede a una decisión en materia de medidas cautelares el beneficio de la libre circulación es que haya sido dictada por la autoridad judicial con competencia para conocer sobre el fondo de la cuestión, resulta fundamental que dicha competencia resulte evidente para el juez que recibe la solicitud de ejecución. Así, corresponde al juez de origen explicar en el texto de la resolución los motivos en que basa su competencia sobre el fondo, o bien asegurarse de que esta es manifiesta como consecuencia de los hechos que en ella se exponen, pues de lo contrario la resolución puede no ser reconocida y rechazarse la ejecución.⁸⁶⁸ Pero el órgano jurisdiccional tuvo también oportunidad de sorprender ampliamente estableciendo que el tribunal de ejecución ha de realizar en cierta medida un control de la competencia que se alega, una afirmación totalmente contraria al principio de confianza mutua y que abre, para los Estados miembros un margen de apreciación en el sentido en el que este ha sido identificado por el TEDH.⁸⁶⁹ En un intento por limitar esta posibilidad el legislador europeo ha incluido en el Reglamento 1215/2012 normas específicas que, de manera clara, prohíben este tipo de control,⁸⁷⁰ con la excepción de aquellos supuestos en los que la competencia que se alegue se derive de los foros de competencia exclusivos⁸⁷¹ o de los foros de protección de los artículos 3 a 5,

⁸⁶⁶ *Ibid.*, artículo 45.

⁸⁶⁷ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto Mietz, *op.cit.* nota 715; Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto Purrucker, *op.cit.* nota 270. En estos dos asuntos, junto con la naturaleza y características de las medidas cautelares en el derecho europeo el TJUE se planteó el control de la competencia en fase de ejecución.

⁸⁶⁸ Honorati, «Medidas provisionales y revisión del Reglamento Bruselas I: una oportunidad perdida para mejorar la regulación», *op.cit.* nota 792, 224.

⁸⁶⁹ *Vid. supra* apartado.

⁸⁷⁰ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Reglamento (UE) n° 1215/2012*, *op.cit.* nota 128, artículo 45.3.

⁸⁷¹ *Ibid.*, artículo 45.1 letra e (ii).

siendo el demandado la parte débil.⁸⁷² Por lo tanto para el resto de cuestiones la oposición a la ejecución de una medida cautelar extranjera por motivos de competencia no puede tramitarse en el Estado de ejecución a través de la cláusula de orden público, sino que ha de ser rebatida ante la autoridad de origen que dictó la medida, en una solución mucho más coherente con el modelo europeo de cooperación judicial fundamentado en la confianza recíproca y la aplicación consecuente del principio de reconocimiento mutuo.

III. Conclusiones.

La aplicación del modelo europeo de cooperación judicial al ámbito civil se encuentra en un Estado avanzado que ha dado lugar a la necesidad de replanteamiento de algunos de sus aspectos clave, como demuestra la reforma del Reglamento Bruselas I. Sin embargo, no parece que pueda hablarse todavía de un modelo maduro en el que la aplicación de los principios de confianza mutua y reconocimiento mutuo hayan alcanzado un nivel eficiente de aplicación. Y ello se debe a una serie de problemáticas que persisten desde el inicio del proceso de creación de este sector civil de la justicia europea. En primer lugar aparece así la fragmentación de la regulación en los distintos aspectos del derechos civil y mercantil. Si bien es cierto que las necesidad y valores que se aplican en la administración de justicia en el marco del derecho de familia son distintos, ello no puede servir como justificación del trato diferenciado de algunos aspectos como la competencia judicial internacional para la adopción de medidas cautelares, o al menos esta desviación debería ser justificada de manera cuidadosa por el legislador europeo. El segundo de los problemas identificables es la reticencia a la eliminación total de las referencias al derecho nacional, tanto a los sistemas autónomos de DIPr como al derecho procesal. Un claro ejemplo de dicha reticencia se encuentra en el mantenimiento del foro alternativo para la adopción de medidas cautelares en el régimen europeo de competencia judicial internacional. Y es especialmente clara si se tiene en cuenta la negativa del legislador europeo a definir el nexo real que determina la concesión de dicha competencia, a pesar de los esfuerzos de la jurisprudencia del TJUE por delimitarlo. La situación es aún más evidente en lo que se refiere a la remisión al derecho interno de los Estados de las normas relativas al procedimiento de ejecución. Siendo este un elemento fundamental de la tutela judicial efectiva, la aplicación del

⁸⁷² *Ibid.*, artículo 45.1 letra e (i).

modelo europeo al ámbito civil no podrá considerarse completada mientras esta fase sea dejada en manos de las disposiciones no unificadas de los Estados miembros. El tercer problema subrayable es el de la reticencia a la eliminación de los procedimientos intermedios. así lo demuestra el mantenimiento de la cláusula de orden público como motivo de denegación de la ejecución o la supresión de la libre circulación de medidas cautelares emitidas por autoridades judicial no competentes para dirimir el fondo de la cuestión. La falta de armonización procesal aparece todavía como obstáculo a la plena aplicación del modelo europeo de cooperación judicial, sin que parezca que la confianza mutua pueda funcionar como única base para dicho modelo. Las instituciones europeas han optado por elaborar instrumentos concretos en relación a aquellos tipos de procesos que se consideran más relevantes en el contexto europeo. Así ha procedido a desarrollar títulos ejecutivos europeos como el relativo a los créditos no impugnados o la nueva OERC en los que se solucionan, de manera sectorial todos los problemas planteados hasta el momento. Aunque sin duda la existencia de estos nuevos instrumentos puede resultar altamente beneficiosa para los ciudadanos europeos, una garantía de sus derechos más completa exige un esfuerzo por avanzar en esta misma línea de manera general en el ámbito del derecho procesal europeo en material civil.

CAPÍTULO 5

LA APLICACIÓN DEL MODELO EUROPEO DE COOPERACIÓN JUDICIAL EN EL ÁMBITO PENAL: LA OBTENCIÓN DE PRUEBA

I. La práctica de la prueba en la cooperación judicial penal.

I.1. La prueba penal en el modelo clásico de cooperación judicial penal.

La práctica de la prueba constituye uno de los elementos clásicos como objeto de cooperación entre autoridades judiciales de distintos países.⁸⁷³ Dentro del ámbito europeo, el primer instrumento multilateral de asistencia judicial que directamente contiene disposiciones en materia de obtención y transmisión de pruebas aparece en el marco del Consejo de Europa. Concretamente en el Convenio del Consejo de Europa de 1959.⁸⁷⁴ Este acuerdo está en vigor en la actualidad en un total de 47 países, entre los que se encuentran todos los Estados miembros de la Unión Europea. El texto de este tratado identifica a las cartas rogatorias como la vía que habrán de emplear las autoridades de los distintos países signatarios cuando necesiten “realizar actuaciones de instrucción o transmitir piezas probatorias, expedientes o documentos”.⁸⁷⁵ En sus artículos siguientes el Convenio regula el régimen para la ejecución de la solicitud por parte de la autoridad requerida, un régimen que se caracteriza por la aplicación de la *lex loci* a todas aquellas actuaciones que hayan de realizarse para dar respuesta a la solicitud. La única excepción prevista por el Convenio en su redacción original es la posibilidad de que la autoridad solicitante requiera que los testigos o expertos declaren bajo juramento, en cuyo caso si la ley del Estado de ejecución no lo prohíbe, es obligatorio que se realice de este modo.⁸⁷⁶ El Segundo Protocolo Adicional al Convenio incorporó además la obligación de respetar las formas específicas de ejecución requeridas por el estado solicitante siempre y cuando no fuesen contrarias a los principios fundamentales del estado de ejecución.⁸⁷⁷ Por lo que se refiere a las causas que permiten el rechazo de la solicitud por parte de la autoridad requerida, el artículo 19

⁸⁷³ Vid. supra.

⁸⁷⁴ *Convenio Europeo de asistencia judicial en materia penal, op.cit.* nota 11.

⁸⁷⁵ *Ibid.*, artículo 3.1.

⁸⁷⁶ *Ibid.*, artículo 3.2.

⁸⁷⁷ Consejo de Europa, *Segundo Protocolo Adicional al Convenio europeo de asistencia judicial en materia penal*, 2001, artículo 8.

del acuerdo establece de manera genérica que, cualquier rechazo habrá de ser justificado,⁸⁷⁸ mientras que el artículo 2 dispone que la cooperación podrá ser rechazada cuando: i) se considere que se trata de un delito político o fiscal,⁸⁷⁹ o ii) cuando se considere que ejecutar la solicitud puede ser perjudicial para la soberanía, la seguridad, el orden público o cualquier otro interés esencial del estado requerido.⁸⁸⁰ En el caso concreto de algunas actuaciones de obtención de prueba el Convenio del 1959 añade⁸⁸¹ un elemento ulterior que permite a los Estados rechazar la ejecución de una solicitud. En concreto, de acuerdo con el artículo 5.1 los Estados pueden realizar una declaración por la cual someten la ejecución de las cartas rogatorias que soliciten un embargo o registro a una serie de condiciones.⁸⁸² Se trata del criterio de la doble criminalidad, la posibilidad de extradición de acuerdo con la *lex fori*, y con carácter general la compatibilidad con el derecho interno del Estado requerido.⁸⁸³

Dentro del modelo tradicional de cooperación judicial, el siguiente foro en el que los países miembros de la Unión Europea desarrollaron normas relativas a la prueba transnacional en materia penal fue el de los acuerdos Schengen. En concreto, los artículos 48 a 53 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen⁸⁸⁴ contienen medidas relativas a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados contratantes. En dichos artículos se imponen a los Estados parte una serie de obligaciones que van a añadirse al contenido de las disposiciones previstas en el Convenio Europeo de 1959. El Acuerdo tiene por lo tanto un carácter de suplemento de las disposiciones del Convenio europeo, idea que aparece ya en el artículo 49 del Convenio de aplicación de Schengen.⁸⁸⁵ Estas obligaciones específicas se aplican únicamente a las relaciones entre dos estados parte de los acuerdos Schengen, mientras que el régimen general del convenio de 1959 sigue siendo válido en las relaciones entre estos y terceros Estados. Por lo que se refiere a la obtención y transmisión transfronteriza de prueba, el mayor impacto del acervo Schengen hace referencia a la introducción de condiciones

⁸⁷⁸ *Convenio Europeo de asistencia judicial en materia penal, op.cit.* nota 11, artículo 19.

⁸⁷⁹ En 1978 se eliminó la posibilidad de rechazar la asistencia en casos relativos a las infracciones penales. Vid. Consejo de Europa, Protocolo adicional al Convenio Europeo de asistencia judicial en materia penal, 1978, artículo 1.

⁸⁸⁰ *Convenio Europeo de asistencia judicial en materia penal, op.cit.* nota 11, artículo 2.

⁸⁸¹ *Vid. supra* capítulo 3.

⁸⁸² Consejo de Europa, *Segundo Protocolo Adicional al Convenio europeo de asistencia judicial en materia penal, op.cit.* nota 877, artículo 5.1.

⁸⁸³ *Ibid.*, artículo 5.1.

⁸⁸⁴ *Instrumento de ratificación del Acuerdo de adhesión del Reino de España al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, op.cit.* nota 205: artículos 48-53.

⁸⁸⁵ *Ibid.*, artículo 48.

específicas para el rechazo de la ejecución de una solicitud. Así se dispone que, en el caso de solicitudes de cooperación para la realización de registros o embargos, los Estados parte solo podrán rechazar la ejecución en caso de que no se cumpla el requisito de la doble criminalidad o bien cuando la medida sea contraria al derecho interno del Estado requerido.⁸⁸⁶ De la lectura del artículo 51, cuyo redactado recoge estas novedades, pueden extraerse dos conclusiones. La primera, que se elimina la posibilidad de rechazar la ejecución en aquellos supuestos en los que, de acuerdo con el derecho del Estado requerido, no sea posible la extradición posterior.⁸⁸⁷ Y en segundo lugar, que el requisito de la doble criminalidad se somete a controles particulares. Así, se dispone que un Estado podrá exigir en estos supuestos que el delito que motiva la emisión de la carta rogatoria sea constitutivo, en su propio ordenamiento, de delito sancionado con una pena privativa de libertad máxima de al menos 6 meses, estableciéndose por lo tanto un requisito ulterior a lo previsto en el Convenio Europeo.⁸⁸⁸ Pero por otra parte, también se incorpora la exigencia de ejecutar aquellas solicitudes derivadas de delitos que, en un Estado parte estén sancionados con una medida equivalente a las anteriormente descritas, y en el otro “constituya una infracción de reglamentos perseguida por autoridades administrativas cuya decisión pueda dar lugar a un recurso ante una jurisdicción competente, en particular, en materia penal”.⁸⁸⁹ En materia de obtención y traslado internacional de prueba el régimen del Convenio Europeo presenta por lo tanto, una serie de especificidades para los Estados Schengen derivadas del Convenio de aplicación de este acuerdo internacional, y que tienen como objetivo clarificar las condiciones de aplicación de las excepciones a la cooperación.

El modelo tradicional de cooperación ha sido aplicado igualmente en el ámbito de los instrumentos desarrollados entre los Estados miembros en el marco de la UE. En concreto a través del Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal, celebrado en el año 2000 por el Consejo de la Unión Europea,⁸⁹⁰ cuya entrada en vigor no se produciría hasta 2005. Se trata de un tratado internacional, sujeto por lo tanto a las

⁸⁸⁶ *Ibid.*, artículo 51.

⁸⁸⁷ Esta posibilidad sigue estando disponible para los Estados Schengen en sus relaciones con terceros países en el marco de Convenio Europeo de 1959. *Vid. Convenio Europeo de asistencia judicial en materia penal, op.cit.* nota 11: artículo 5.1 letra b.

⁸⁸⁸ *Ibid.*, artículo 5.1 letra a.

⁸⁸⁹ *Instrumento de ratificación del Acuerdo de adhesión del Reino de España al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, op.cit.* nota 205: artículo 51 letra b.

⁸⁹⁰ Consejo de la Unión Europea, *Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas el 29 de mayo de 2000, DO C 197, de 12 de julio de 2000.*

normas de los tratados previstas en Derecho Internacional Público, pero cuya firma solo está disponible para los Estados miembros de la Unión Europea. La adopción de esta acuerdo internacional tiene como base jurídica las disposiciones del antiguo artículo 34.2 del TUE en su redacción previa a la reforma realizada por el Tratado de Ámsterdam.⁸⁹¹ Se trata de un instrumento enmarcado por lo tanto en la cooperación en asuntos de justicia entendida como el tercer pilar, de carácter intergubernamental,⁸⁹² del famoso sistema de pilares que había sido introducido por el Tratado de Maastricht.⁸⁹³ En concreto el artículo 34 hacía referencia a las posibles acciones que el Consejo, a propuesta de algún Estado miembro o de la Comisión Europea y por unanimidad, podía adoptar. En su apartado 2 letra d se encontraba recogida la posibilidad de “celebrar convenios recomendado su adopción a los Estados miembros según sus respectivas normas constitucionales”.⁸⁹⁴ Este artículo sin embargo no establecía un sistema de preferencias en cuanto a qué instrumento debía emplear el Consejo, que en pocas ocasiones optó por la adopción de convenciones internacionales, algunas de las cuales fueron posteriormente sustituidas por otro tipo de instrumentos como las Decisiones marco.⁸⁹⁵ Actualmente resulta extraña la existencia de una norma con naturaleza jurídica de acuerdo internacional entre Estados soberanos, en una materia en la que, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, se ha producido una cesión de soberanía por parte de estos y que se encuentra sujeta al procedimiento legislativo ordinario.⁸⁹⁶ Sin embargo, este Convenio sigue estando en vigor y es aplicable en las relaciones entre los miembros de la Unión, aunque manteniendo su carácter original de instrumento complementario al resto de las normas de cooperación judicial en materia penal. En efecto, en la introducción al Convenio se especifica que las autoridades europeas están “Decididas a complementar el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal de 20 de abril de 1959 y otros convenios vigentes en este ámbito, mediante un Convenio de la Unión Europea, y... que siguen siendo aplicables las disposiciones contenidas en dichos convenios para todas las cuestiones que no se contemplan en el

⁸⁹¹ Unión Europea, *Tratado de la Unión Europea*, 1992.

⁸⁹² M. Jimeno-Bulnes, “European Judicial Cooperation in Criminal Matters”, *op.cit.* nota 17: 618.

⁸⁹³ H.G. Nilsson, «From classical judicial cooperation to mutual recognition», *Revue Internationale de Droit Pénal* 77, n.º 1 (2006): 53-58.

⁸⁹⁴ *Tratado de la Unión Europea*, *op.cit.* nota 15, artículo 34.2 letra d.

⁸⁹⁵ M. Fletcher, R. Löff, y B. Gilmore, *EU Criminal law and Justice* (Cheltenham, Reino Unido/Northampton, Estados Unidos: Edward Elgar Publishing, 2008), 34-35.

⁸⁹⁶ M. Poza Cisneros, «El Convenio de 2000», en *Cooperación Judicial Penal en Europa*, ed. M. Carmona Ruano, I.U. González Vega, y V. Moreno Catena (Madrid: Dykinson, 2013): 324.

presente Convenio”.⁸⁹⁷ El objetivo de la adopción de esta norma en el marco de la Unión Europea era, en realidad, el de “mejorar la asistencia judicial, haciéndola más rápida, flexible y eficaz, fomentando la transmisión directa de solicitudes, el uso del correo en notificaciones y traslado de documentos, o la aplicación de la ley del Estado requirente a la ejecución”.⁸⁹⁸

El Convenio introduce novedades en relación a aspectos como las entregas vigiladas,⁸⁹⁹ la posibilidad de intervenir las comunicaciones telefónicas,⁹⁰⁰ o los agentes infiltrados,⁹⁰¹ complementando y en ocasiones ampliando las posibilidades ofrecidas por el Convenio de 1959. Al mismo tiempo, la regulación de algunas de estas cuestiones de forma exhaustiva implicó una mínima armonización de los derechos internos de los Estados miembros, como por ejemplo en relación a la declaración por videoconferencia o por conexión telefónica de sospechosos, testigos o expertos,⁹⁰² a pesar de que muchas cuestiones fueron dejadas al margen de esta nueva regulación.⁹⁰³ Desde el punto de vista de la obtención y transmisión de elementos de prueba la novedad más significativa es la introducción, como norma general, de la regla *forum regit actum*. En efecto, se establece en el artículo 4.1 del Convenio que, con carácter general, el Estado requerido está obligado a respetar los procedimientos y plazos fijados en el derecho del Estado requirente.⁹⁰⁴ Si bien es cierto que esta posibilidad existía ya en el Convenio de 1959,⁹⁰⁵ ahora la UE pretendía convertir lo que era una excepción en regla general.⁹⁰⁶ Más allá de esta disposición general, el Convenio de 2000 introduce además una serie de mecanismos específicos que las autoridades judiciales pueden emplear para obtener elementos de prueba en determinadas circunstancias. Se trata de: i) la restitución de objetos, ii) el traslado de detenidos con fines de investigación, iii) la declaración por videoconferencia, iv) las entregas vigiladas, v) las investigaciones encubiertas, vi) los equipos conjuntos de investigación, y vi) la intervención de comunicaciones. Algunas de estas cuestiones aparecían ya reguladas en instrumentos anteriores, como es el caso

⁸⁹⁷ Consejo de la Unión Europea, *Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea*, *op.cit.* nota 890, Introducción.

⁸⁹⁸ Poza Cisneros, «El Convenio de 2000», *op.cit.* nota 896: 324.

⁸⁹⁹ *Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea*, *op.cit.* nota 890, artículo 12.

⁹⁰⁰ *Ibid.*, artículos 17 a 21.

⁹⁰¹ *Ibid.*, artículo 14.

⁹⁰² *Ibid.*, artículos 10 y 11.

⁹⁰³ B. Huber, *Cuestiones del Derecho Penal Europeo* (Madrid: Dykinson, 2005), 68.

⁹⁰⁴ *Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea*, *op.cit.* nota 890, artículo 4.1.

⁹⁰⁵ *Convenio Europeo de asistencia judicial en materia penal*, *op.cit.* nota 11, artículo 3.

⁹⁰⁶ Poza Cisneros, «El Convenio de 2000», *op.cit.* nota 896, 333.

las entregas vigiladas o el traslado de detenidos. En el primer caso el texto de la Unión Europea procede a ampliar lo dispuesto en el artículo 73 del Convenio de aplicación de Schengen⁹⁰⁷ que resultaba aplicable únicamente en el caso de los delitos de tráfico de drogas. Por el contrario, el artículo 12 del Convenio de 2000 permite la solicitud de entregas vigiladas en todos aquellos delitos que puedan dar lugar posteriormente a la extradición.⁹⁰⁸ En cuanto al traslado de detenidos, cabe señalar que aparecía ya contemplado en el artículo 11 del Convenio del Consejo de Europa de 1959,⁹⁰⁹ pero en este caso se preveía el traslado para la comparecencia a efectos de actuaciones de investigación concretas, mientras que el artículo 9 del nuevo Convenio⁹¹⁰ permite que los Estados establezcan acuerdos de traslado temporal para que un detenido pueda ser trasladado al Estado requirente durante el tiempo que sea necesario a efectos de investigación. En el caso de la intervención de las comunicaciones, el Convenio de 2000, dedica un amplio esfuerzo a definir un régimen general en la materia puesto que ésta no estaba incluida de manera específica dentro de las provisiones del Convenio del Consejo de Europa de 1959.⁹¹¹ Lo mismo ocurre en lo que se refiere a la regulación específica de la comparecencia a través del sistema de videoconferencia. En este caso, el artículo 10 del Convenio contiene una regulación específica de cómo ha de realizarse este tipo de actuación de instrucción,⁹¹² obligando en gran medida, a que los Estados adecuen sus regulaciones internas. Sin embargo, la restitución de objetos, las investigaciones encubiertas y los equipos conjuntos de investigación constituyen novedades aportadas por este instrumento. Estos últimos estaban previstos ya en el Tratado de la Unión Europea⁹¹³ y de nuevo en el párrafo 43 de las Conclusiones del Consejo de Tampere.⁹¹⁴ Este tipo de actuaciones de instrucción se dirigen ya hacia un

⁹⁰⁷ *Instrumento de ratificación del Acuerdo de adhesión del Reino de España al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen*, *op.cit.* nota 205.

⁹⁰⁸ *Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea*, *op.cit.* nota 890, artículo 12.

⁹⁰⁹ *Convenio Europeo de asistencia judicial en materia penal*, *op.cit.* nota 11, artículo 11.

⁹¹⁰ *Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea*, *op.cit.* nota 890, artículo 9.

⁹¹¹ Comité de Ministros del Consejo de Europa, *Recomendación R(85) 10 relativa a la aplicación práctica del Convenio Europeo de asistencia judicial en materia penal en relación a las cartas rogatorias para la intervención de las telecomunicaciones*, 1985. Esta recomendación incorpora una serie de indicaciones que los Estados miembros han de seguir en la materia, puesto que esta no aparece regulada en el texto del Convenio de 1959.

⁹¹² *Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea*, *op.cit.* nota 890.

⁹¹³ En su configuración posterior a la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam.

⁹¹⁴ Consejo Europeo, Conclusiones del Consejo de Tampere, *op.cit.* nota 13, párrafo 43.

modelo distinto de cooperación en el que se profundizará a través de la implementación del modelo europeo de cooperación judicial en relación a la práctica de la prueba.

I.2. La prueba penal en el modelo europeo de cooperación judicial penal.

I.2.1. Los primeros instrumentos del modelo europeo de cooperación judicial en materia de prueba en el proceso penal.

Siguiendo las indicaciones aportadas por las conclusiones del Consejo de Tampere,⁹¹⁵ la regulación de la obtención y transmisión de elementos de prueba entre Estados miembros de la UE avanzó hacia la implementación del modelo europeo, a través de la adopción de instrumentos basados en los principios de confianza y reconocimiento mutuo. El primer paso se dio a través de la adopción, en 2001, del Plan de medidas destinado a poner en práctica dicho principio de reconocimiento mutuo en el ámbito penal.⁹¹⁶ En el apartado 2.1 de este documento se recoge la necesidad de desarrollar medidas que, a nivel europeo, permitiesen “la admisibilidad de las pruebas, evitar su desaparición y facilitar la ejecución de las resoluciones de registro y de incautación con el objeto de garantizar que se obtengan rápidamente elementos probatorios en el marco de una causa penal”.⁹¹⁷ Se consideraba que, con máxima prioridad, había de adoptarse un instrumento en materia de reconocimiento en un Estado miembro de los embargos de pruebas emitidos en otro Estado miembro. Respondiendo a esta prioridad se adoptaría, en 2003 la Decisión Marco 2003/577/JAI sobre la ejecución de resoluciones de embargo preventivo y aseguramiento de pruebas.⁹¹⁸ Se trata de un instrumento que tiene como objeto facilitar el reconocimiento y la ejecución, entre los Estados miembros de la Unión Europea, de las resoluciones relativas al aseguramiento de pruebas o bien a su posterior decomiso.⁹¹⁹ Este fue el primer instrumento, en materia de prueba en el proceso penal, que incorporaba ya la aplicación del principio de reconocimiento mutuo. El artículo 5 de este instrumento establece que las autoridades del Estado requerido habrán de reconocer “sin más trámite” las solicitudes de embargo preventivo o aseguramiento de pruebas.⁹²⁰ Es posible observar por lo tanto cómo se aplica ya el nuevo modelo, en el que desaparecen los procedimientos intermedios y, del mismo

⁹¹⁵ *Vid. supra*, en este mismo capítulo, apartado I.

⁹¹⁶ Unión Europea, Programa de medidas destinado a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal, *op.cit.* nota 315.

⁹¹⁷ *Ibid.*, 14.

⁹¹⁸ Consejo de la Unión Europea, *Decisión marco 2003/577/JAI del Consejo*, *op.cit.* nota 249 .

⁹¹⁹ *Ibid.*, artículo 3.1.

⁹²⁰ *Ibid.*, artículo 5.

modo se reducen los motivos que permiten el rechazo del reconocimiento y la ejecución de una petición. Igualmente, se introduce el mecanismo que había sido objeto de especiales críticas en el marco de la OEDE, la eliminación del requisito de doble tipificación para un listado concreto de delitos.⁹²¹ Por lo que se refiere a los motivos de denegación la Decisión marco⁹²² restringe esta posibilidad a aquellos supuestos en los que: i) el certificado obligatorio esté incompleto; ii) no se respete el principio de *ne bis in idem*; iii) existan inmunidades o privilegios en el Estado de ejecución; y iv) para los delitos no previstos en el listado anteriormente mencionado,⁹²³ que la infracción no esté tipificada en el Estado requerido. El Considerando 4 de este texto legislativo hace referencia a la idea de que este reconocimiento automático está basado en la confianza que los Estados miembros depositan en el hecho de que las resoluciones dictadas en cualquiera de ellos respetan los principios de legalidad, subsidiariedad y proporcionalidad.⁹²⁴ Igualmente el Consejo afirma que los Estados miembros, a pesar de que la cláusula de orden público no aparece recogida como motivo de denegación, son libres de aplicar sus normas constitucionales “relativas a la garantía jurisdiccional, la libertad de asociación, la libertad de prensa y la libertad de expresión en los demás medios”.⁹²⁵ Al tratarse de uno de los primeros instrumentos de aplicación del nuevo modelo de cooperación europea, cabe señalar que este responde al impulso político de mejorar la cooperación entre autoridades judiciales y a la idea de que, en una Europa sin fronteras es fundamental alcanzar la libre circulación de resoluciones judiciales,⁹²⁶ mientras que los aspectos relativos a la protección de los Derechos fundamentales de los ciudadanos aparecen, de manera formal, pero no son objeto de una regulación suficiente.⁹²⁷

I.2.2. El Exhorto Europeo de obtención de prueba en materia penal.

El siguiente instrumento adoptado en materia de prueba en los procesos penales, tendría ya una vocación más amplia. Se trata de la Decisión marco 2008/978/JAI por la que se crea el Exhorto Europeo de prueba.⁹²⁸ El proceso de negociación de este

⁹²¹ *Ibid.*, artículo 3.2.

⁹²² *Ibid.*, artículo 7.

⁹²³ *Cfr.* nota 44.

⁹²⁴ Consejo de la Unión Europea, *Decisión marco 2003/577/JAI del Consejo*, *op.cit.* nota 249, Considerando 4.

⁹²⁵ *Ibid.*, Considerando 6.

⁹²⁶ G. Taupiac-Nouvel, «The Principle of Mutual Recognition in Criminal Matters: A New Model of Judicial Cooperation Within the European Union», *op.cit.* nota 400.

⁹²⁷ Al contrario de la tendencia general del modelo europeo. Al respecto, *vid. supra*, capítulo 3, apartado I.

⁹²⁸ Consejo de la Unión Europea, *Decisión Marco 2008/978/JAI*, *op.cit.* nota 133,.

instrumento legislativo, al contrario de lo que había ocurrido con la OEDE, resultó complejo y largo, con distintos Estados miembros como Holanda o Alemania oponiéndose a parte de sus disposiciones o directamente realizando *op out* de algunas de estas.⁹²⁹ A pesar de que, efectivamente, su ámbito de aplicación es más amplio que el del instrumento en materia de ejecución de órdenes de embargo, esta nueva decisión marco no tenía como objetivo substituir a todos los instrumentos anteriores,⁹³⁰ sino la de complementarlos para “standardising evidence requests, speeding up the procedures and limiting the grounds for refusal of requests”.⁹³¹ Si se observa el artículo 1 de esta Decisión marco puede verse como se define el Exhorto Europeo de obtención de pruebas como “una resolución judicial emitida por una autoridad competente de un Estado miembro con objeto de recabar objetos, documentos y datos de otro Estado miembro”.⁹³² Para que sea posible emitir un Exhorto, el legislador europeo exige que las necesidades a las que se refiere se den en el marco de: i) procesos penales incoados o que hayan de incoarse por delito, ii) procedimientos sancionadores administrativos que puedan dar lugar a procedimientos ante la jurisdicción penal, iii) procedimientos por hechos tipificados como infracciones a la ley que puedan dar lugar a procedimientos ante jurisdicciones penales; y v) todos los anteriores cuando este previsto que puedan ser cometidas por personas jurídicas.⁹³³ Desde el punto de vista del tipo de procedimiento para el que el exhorto puede ser empleado este instrumento partía de una visión amplia que mantenía la línea de instrumentos analizados hasta ahora. Sin embargo, las limitaciones incorporadas son mucho más amplias en relación al tipo de medidas de obtención que pueden solicitarse a través de un Exhorto. En concreto el artículo 4 de la Decisión marco elimina de este ámbito de aplicación medidas de investigación tan relevantes como la toma de declaración a testigos, sospechosos o expertos; la intervención de comunicaciones y cuentas bancarias o la obtención de datos de servidores de comunicación.⁹³⁴ El Exhorto, por lo tanto, solo permite acceder a elementos de prueba preexistentes y disponibles, bien porque ya están en manos de las

⁹²⁹ M. Fichera y C. Janssens, «Mutual Recognition of Judicial Decisions in Criminal Matters and the Role of the National Judge», *ERA Forum* 8, n.º 2 (2007): 185.

⁹³⁰ Para un análisis detallado del Exhorto Europeo de obtención de pruebas *vid.* J. A. E. Vervaele, *European Evidence Warrant* (Antwerpen/Oxford: Intersentia Publishing, 2005).

⁹³¹ C.C. Murphy, «The European Evidence Warrant: mutual recognition and mutual (dis)trust?», en *Crime within the Area of freedom, security and justice. A European Public Order*, ed. C. Eckes y T. Konstadinides (Cambridge: Cambridge University Press, 2011), 330.

⁹³² Consejo de la Unión Europea, Decisión Marco 2008/978/JAI, *op.cit.* nota 133, artículo 1.1.

⁹³³ *Ibid.*, artículo 5.

⁹³⁴ Para el listado completo de medidas de investigación excluidas del ámbito de aplicación del Exhorto Europeo de prueba *vid.* *Ibid.*, artículo 4.

autoridades extranjeras, bien porque se encuentran en poder de personas físicas o jurídicas y pueden ser obtenidos por dichas autoridades.⁹³⁵ En cualquier caso ha de tratarse siempre de objetos, documentos o datos preexistentes.

Por lo que se refiere a la introducción del principio de reconocimiento mutuo el Exhorto replica la lógica incorporada por la OEDE. Es decir, la trasmisión directa y en el formulario previsto, entre las autoridades competentes del Estado emisor y receptor.⁹³⁶ Por lo que se refiere a la ejecución de la solicitud esta Decisión marco elige el principio de *forum regit actum* de modo que la autoridad requerida habrá de respetar todas las formalidades exigidas por el Estado requirente con el objetivo de que la prueba obtenida sea admisible en los procedimientos que se realicen en este último.⁹³⁷ Al igual que ocurría en la OEDE, y con la intención de hacer la cooperación en materia penal más rápida y eficaz, este instrumento contempla la eliminación del requisito de doble tipificación, de manera general, para aquellos casos en los que no sea necesario llevar a cabo un registro o incautación, y de manera concreta para un listado de 32 delitos, aún cuando se trate de este tipo de medida.⁹³⁸ Murphy⁹³⁹ señala que, como consecuencia de los problemas que generó la implementación de este extremo de la OEDE, el legislador europeo utiliza en el Exhorto un lenguaje más rotundo al afirmar que, este tipo de delitos “en ningún caso estarán sujetos a la verificación de la doble tipificación”,⁹⁴⁰ intentando reforzar la obligación, para los Estados miembros, de respetar este extremo a la hora de transponer el Exhorto en su legislación interna. Igualmente, y como consecuencia de la aplicación del modelo europeo de cooperación, y del principio de confianza mutua, la Decisión marco limita los motivos que permiten el rechazo de la ejecución de la solicitud extranjera. Así se incluyen únicamente: i) el principio de *ne bis in idem*, ii) la falta de doble tipicidad en aquellos casos en que se permite su control, iii) la inexistencia de medidas que la autoridad requerida pueda aplicar, iv) inmunidades y privilegios, v) que el exhorto emitido por una autoridad administrativa no haya sido validado por un juez, vi) el principio de territorialidad, vii) motivos de seguridad nacional o protección de fuentes de información confidencial, y viii) por motivos de

⁹³⁵ C. Williams, «The European evidence warrant», *Revue internationale de droit pénal* 77, n.º 1 (2006): 155.

⁹³⁶ Vid. supra, capítulo 1 relativo a las características del modelo europeo de cooperación judicial.

⁹³⁷ Consejo de la Unión Europea, Decisión Marco 2008/978/JAI, *op.cit.* nota 133, artículo 12.

⁹³⁸ *Ibid.*, artículo 14.

⁹³⁹ Murphy, «The European Evidence Warrant: mutual recognition and mutual (dis)trust?», 10-11.

⁹⁴⁰ Consejo de la Unión Europea, Decisión Marco 2008/978/JAI, *op.cit.* nota 133, artículo 14.2.

forma relacionados con el formulario.⁹⁴¹ Entre estas causas de denegación, al igual que ocurría en el caso de la Decisión Marco 2003/577/JAI relativa al embargo y aseguramiento de pruebas,⁹⁴² no se encuentra la referencia al orden público o constitucional del Estado requirente. La protección de los derechos y libertades fundamentales de los individuos no puede por lo tanto, canalizarse a través de este sistema. La única referencia a esta cuestión aparece en el artículo 1.3 que dispone que “La presente Decisión Marco no podrá tener por efecto modificar la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales consagrados en el artículo 6 del Tratado, y cualesquiera obligaciones que correspondan a las autoridades judiciales a este respecto permanecerán inmutables”.⁹⁴³ Sin embargo, de la lectura del resto de disposiciones de la Decisión marco no resulta evidente que mecanismos pueden emplear las autoridades competentes para poner en práctica la protección de los derechos humanos que se espera de ellas.⁹⁴⁴

Con carácter general, la introducción del modelo europeo en las cuestiones relativas a la prueba, junto a la pervivencia de instrumentos del modelo clásico de cooperación judicial internacional, como los convenios de primera generación que siguen en vigor, genera un escenario complejo,⁹⁴⁵ en el que los operadores se ven obligados a, en primer lugar, identificar el instrumento aplicable para cada caso concreto, y en segundo lugar, aplicar distintos sistemas para obtener asistencia en relación a distintos elementos de prueba necesarios en un mismo proceso.⁹⁴⁶ Es decir, si por ejemplo una autoridad de un Estado miembro A ha de solicitar la realización de un registro de una oficina en un Estado B para la incautación de una determinada documentación y al mismo tiempo, obtener la intervención de las cuentas bancarias, que tenga en dicho Estado B un sospechoso en ese mismo caso, habrá de recurrir a dos solicitudes distintas a través de dos canales diferentes. Así, la solicitud del registro podría realizarse a través de uno de los instrumentos de aplicación del principio de reconocimiento mutuo, el Exhorto europeo de prueba. Puesto que en su artículo 7 este tipo de medida de investigación

⁹⁴¹ *Ibid.*, artículo 14.

⁹⁴² Consejo de la Unión Europea, *Decisión marco 2003/577/JAI*, *op.cit.* nota 249.

⁹⁴³ Consejo de la Unión Europea, *Decisión Marco 2008/978/JAI*, *op.cit.* nota 133, artículo 1.3.

⁹⁴⁴ J. A. E. Vervaele, «The European Arrest Warrant and Applicable Standards of Fundamental Rights in the EU», *Review of European Administrative Law* 6, n.º 2 (30 de diciembre de 2013): 37-54.

⁹⁴⁵ F.L. De Jorge Mesas, «La cooperación judicial penal en la Unión Europea: las claves del sistema» (Universidad de Málaga, 2014): 23 y ss.

⁹⁴⁶ L. Bachmaier Winter, «European investigation order for obtaining evidence in the criminal proceedings. Study of the proposal for a European directive», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 9 (2010): 580-89.

aparece recogido dentro del ámbito de aplicación de la orden europea.⁹⁴⁷ Sin embargo el artículo 4.2. letra c de esta misma norma establece que este mecanismo no podrá ser empleado para obtener información en tiempo real a través del control de cuentas bancarias.⁹⁴⁸ De este modo, la autoridad requirente se vería obligada a recurrir al modelo tradicional de cooperación judicial y emitir una carta rogatoria siguiendo las disposiciones previstas en el Convenio de la Unión Europea de 2000.⁹⁴⁹ Esta complejidad, junto con lo limitado de su ámbito de aplicación explican el bajo nivel de implantación del Exhorto europeo de prueba.⁹⁵⁰ La adopción de un instrumento general se presenta como la solución a esta problemática, introduciendo un régimen jurídico único y simplificado para la obtención, transmisión y admisibilidad de pruebas en los procedimientos de justicia penal transnacionales.⁹⁵¹ No se trata sin embargo de una solución a un problema no previsto sino que en cualquier caso, el Exhorto Europeo constituía, para el legislador europeo un régimen transitorio que debía ser sustituido posteriormente por un mecanismo único, la Orden Europea de Investigación.⁹⁵²

II. El mecanismo de la Orden Europea de Investigación.

I.1. Antecedentes.

Como se ha visto, la obtención de pruebas en materia penal entre Estados Miembros de la Unión Europea se ha caracterizado desde el principio por la convivencia del modelo tradicional de asistencia judicial internacional junto con instrumentos de aplicación del principio de reconocimiento mutuo dentro del modelo europeo de cooperación judicial.⁹⁵³ En este contexto, la necesidad de un instrumento general para

⁹⁴⁷ Consejo de la Unión Europea, *Decisión Marco 2008/978/JAI*, *op.cit.* nota 133, artículo 7.

⁹⁴⁸ *Ibid.*, artículo 4.2 letra c.

⁹⁴⁹ *Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea*, *op.cit.* nota 890.

⁹⁵⁰ Tinoco Pastrana, A., «El embargo preventivo y el aseguramiento de pruebas en los procesos penales en la Unión Europea. Novedades tras la Ley 23/2014, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea y la Directiva 2014/41/CE relativa a la orden europea de investigación en materia penal», *Cuadernos europeos de Deusto*, n.º 52 (2015): 121-46.

⁹⁵¹ G. Vermeulen, W. De Bondt, y Y. Van Damme, *EU cross-border gathering and use of evidence in criminal matters. Towards mutual recognition of investigative measures and free movement of evidence?*, vol. 37, IRCP (Antwerpen/Apeldoorn/Portland: Maklu, 2010); L. Bachmaier, «Prueba transnacional penal europea: la Directiva 2014/41 relativa a la orden europea de investigación», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 36 (2015).

⁹⁵² Williams, «The European evidence warrant», *op.cit.* nota 935.

⁹⁵³ G. Vermeulen, «Mutual recognition as cornerstone of cooperation in criminal matters: The European Union criminal justice system» (International Cooperation in Criminal Matters: Connecting the EU and South America, Federal Prosecution Service, Office of the Prosecutor General of the Republic, Rio de Janeiro, 4 de septiembre de 2014), <https://biblio.ugent.be/publication/5864921/file/5864923.pdf>.

regular la obtención y transmisión de pruebas entre los Estados miembros de la Unión Europea había sido identificada desde el primer momento y con anterioridad a la adopción de los instrumentos analizados, como la Decisión en materia de embargo preventivo⁹⁵⁴ o el Exhorto europeo de prueba.⁹⁵⁵ Aparecía ya identificada en las conclusiones del famoso Consejo de Tampere que en su punto 36 afirma que es necesario que la Unión adopte actos:

“que permiten a las autoridades competentes actuar con rapidez para obtener pruebas y embargar bienes que puedan ser trasladados con facilidad; las pruebas obtenidas legalmente por las autoridades de un Estado miembro deberán ser admisibles ante los tribunales de otros Estados miembros, teniendo en cuenta la normativa que se aplique en ellos”.⁹⁵⁶

Igualmente, en el punto 3.1.1 del Programa de Estocolmo, en relación al fomento de la aplicación del principio de reconocimiento mutuo en materia penal, se afirma que “el Consejo considera que debe proseguirse la creación de un sistema general para poder obtener pruebas...basado en el principio de reconocimiento mutuo”.⁹⁵⁷ El Consejo reconoce en este documento político, que el sistema existente es fragmentario y que es necesario proceder a aplicar el principio de reconocimiento mutuo al mayor número de instrumentos de prueba posibles. Y por ese motivo solicitó que la Comisión Europea estudiase la posibilidad de adoptar un instrumento que substituyese a todos los existentes en la materia. El resultado de este estudio por parte de la Comisión puede verse en el Libro Verde de 2009 sobre la obtención de pruebas en materia penal.⁹⁵⁸ En él la Comisión analiza la situación existente e identifica, como mayor obstáculo para una cooperación eficaz en materia de prueba, la coexistencia de los principios de asistencia mutua y reconocimiento mutuo.⁹⁵⁹ Para alcanzar el objetivo marcado por el Programa de Estocolmo, es necesario en cambio adoptar un único instrumento que incluya los medios de prueba excluidos en el Exhorto europeo y que aplique, exclusivamente el principio de reconocimiento mutuo que, como en el resto de sectores del modelo europeo de cooperación judicial, el legislador considera eficaz y rápido por naturaleza. Igualmente se planteaba a los Estados miembros, en este Libro Verde, si consideraban

⁹⁵⁴ Consejo de la Unión Europea, *Decisión Marco 2003/577/JAI*, *op.cit.* nota 249.

⁹⁵⁵ Consejo de la Unión Europea, *Decisión Marco 2008/978/JAI*, *op.cit.* nota 133.

⁹⁵⁶ Consejo Europeo, Conclusiones del Consejo de Tampere, *op.cit.* nota 13, punto 36.

⁹⁵⁷ Consejo Europeo, Programa de Estocolmo, *op.cit.* nota 68, punto 3.1.1.

⁹⁵⁸ Comisión Europea, *COM(2009) 624 final, de 11 de noviembre de 2009, Libro Verde sobre la obtención de pruebas en materia penal en otro Estado miembro y sobre la garantía de su admisibilidad.*

⁹⁵⁹ *Ibid.*, 5.

que, con el objetivo de garantizar la admisibilidad transfronteriza de las pruebas obtenidas, resultaba necesario proceder a la armonización de ciertos mecanismos de recopilación de pruebas.⁹⁶⁰ La Comisión Europea publicó un resumen de las contribuciones aportadas por los distintos actores involucrados en los distintos Estados miembros.⁹⁶¹ Las principales conclusiones de este resumen fueron: i) la mayor parte de los Estados miembros se mostraron a favor de la adopción de un instrumento general en materia de prueba, ii) los Estados miembros y la sociedad civil consideraban fundamental garantizar el respeto de los derechos humanos y especialmente las garantías procesales, iii) la mayoría de las respuestas eran favorables a la adopción de reglas específicas para determinados medios de prueba como la intervención de comunicaciones, el intercambio de información bancaria y la toma de declaraciones, con especial referencia al uso de la videoconferencia, iv) la aplicación generalizada del principio de reconocimiento mutuo a cualquier tipo de medida de instrucción no es objeto de consenso y, v) la adopción de estándares mínimos en relación a la admisibilidad de pruebas no es objeto de consenso. En resumen, las respuestas al Libro Verde demostraron un interés general en avanzar hacia la adopción de un instrumento único y general para la regulación de la obtención y transmisión de prueba entre autoridades de Estados miembros, sin embargo la aplicación del modelo europeo con el principio de reconocimiento puro⁹⁶² continua generando opiniones controvertidas. El resultado de este proceso legislativo iniciado con el Libro Verde en 2009 fue la adopción de la Directiva 2014/41/CE que crea la Orden Europea de Investigación en materia penal⁹⁶³ cuya fecha límite de transposición es el 22 de mayo de 2017. La creación de este mecanismo se enmarca en el proceso de aplicación del principio de reconocimiento mutuo en el ámbito de la cooperación en materia penal en la Unión Europea y tiene como objetivo la simplificación de los procedimientos de obtención, transmisión y admisión transnacional de prueba entre los Estados miembros de la Unión. La OEI substituye, en las relaciones entre Estados miembros, a las disposiciones en materia de prueba contenidas en el Convenio del Consejo de Europa de 1959,⁹⁶⁴ en el

⁹⁶⁰ Comisión Europea, *COM(2009)624 final*, *op.cit.* nota 958: 6.

⁹⁶¹ Comisión Europea, Summary of the replies to the Green paper on obtaining evidence in criminal matters from one Member State to another and securing its admissibility, 2011, disponible en: http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/news_consulting_0004_en.htm#.

⁹⁶² G. Ormazábal Sánchez, «La prueba penal en el espacio judicial europeo. Asistencia judicial y mutuo reconocimiento», *La Ley Penal* 9546 (2010): 1-36.

⁹⁶³ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Directiva 2014/41/CE*, *op.cit.* nota 134.

⁹⁶⁴ *Convenio Europeo de asistencia judicial en materia penal*, *op.cit.* nota 11.

Convenio de aplicación del acuerdo Schengen⁹⁶⁵ y en el Convenio entre Estados miembros de 2000.⁹⁶⁶ Igualmente supone la derogación del Exhorto europeo de prueba⁹⁶⁷ y la sustitución de las disposiciones en materia de aseguramiento de prueba contenidas en la Decisión marco 2003/577/JAI.⁹⁶⁸ En los próximos epígrafes se analizará la forma concreta en la que se ha aplicado el modelo europeo de cooperación judicial en el caso de este instrumento concreto.

II.2. El contenido de la Orden Europea de Investigación.

II.2.1. Ámbito de aplicación.

De acuerdo con el objetivo de convertirse en el instrumento único que regule la prueba penal en las relaciones transnacionales entre Estados miembros de la Unión Europea, el artículo 3 de la Directiva 2014/41/CE⁹⁶⁹ establece que el ámbito de aplicación de la misma abarca cualquier tipo de medida de investigación. Se trata por lo tanto de un instrumento general que regula tanto la obtención de pruebas, preexistentes o no, como su transmisión al Estado requirente. Si bien es cierto que la Directiva de 2014 resulta por lo tanto aplicable a todas las medidas de investigación, aunque como consecuencia de la dudas de los Estados miembros en torno a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo a todas ellas,⁹⁷⁰ este instrumento realiza una distinción especial, recogida en el artículo 10.2, que hace referencia a una serie de medidas que todo Estado miembro debe tener en su ordenamiento jurídico.⁹⁷¹ A demás de una serie de medidas específicas, la letra d de este artículo incluye una referencia genérica a “medidas no invasivas”, sin proceder a la definición de este concepto.⁹⁷² El preámbulo de la Directiva, en su considerando 16, afirma que medidas no invasivas pueden ser, por ejemplo, “medidas que no violan el derecho a la vida privada o el derecho a la

⁹⁶⁵ Instrumento de ratificación del Acuerdo de adhesión del Reino de España al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, *op.cit.* nota 205.

⁹⁶⁶ Consejo de la Unión Europea, *Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea*, *op.cit.* nota 890.

⁹⁶⁷ Consejo de la Unión Europea, *Decisión Marco 2008/978/JAI*, *op.cit.* nota 133.

⁹⁶⁸ Consejo de la Unión Europea, *Decisión marco 2003/577/JAI del Consejo*, *op.cit.* nota 249.

⁹⁶⁹ Parlamento Europeo and Consejo de la Unión Europea, *Directiva 2014/41/CE*, *op.cit.* nota, artículo 3.

⁹⁷⁰ Comisión Europea, Summary of the replies to the Green paper on obtaining evidence in criminal matters from one Member State to another and securing its admissibility, *op.cit.* nota 961

⁹⁷¹ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Directiva 2014/41/CE*, *op.cit.* nota 134, artículo 10.2.

⁹⁷² R. Belfiore, «Critical Remarks on the Proposal for a European Investigation Order and Some Considerations on the Issue of Mutual Admissibility of Evidence», en *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe*, ed. S. Ruggeri (Heidelberg/New York/Dordrecht/London: Springer International Publishing, 2014), 100.

propiedad”.,⁹⁷³ reenviando, al igual que el artículo 10.2 a su definición por parte del derecho nacional de los Estados miembros. Se trata de una definición vaga e imprecisa criticada por algunos autores por añadir criterios interpretativos no acordes con la seguridad jurídica necesaria en un instrumento de cooperación judicial transnacional.⁹⁷⁴ La distinción de este tipo de medidas genera importantes consecuencias en relación a cuestiones como los motivos de denegación, tal y como se verá en un momento posterior.⁹⁷⁵

Igual de amplio que su ámbito de aplicación es el concepto de proceso penal que emplea este instrumento. Un concepto que es autónomo y que aparece recogido en el artículo 4⁹⁷⁶ retomando la definición de proceso que aparecía ya en el caso del Exhorto europeo de prueba. De este modo la OEI puede emplearse tanto en los procedimientos ante autoridades judiciales por delito como en procesos ante autoridades judiciales o administrativas por otra infracción cuando, en este último caso, pueda dar lugar a procedimientos ante autoridades judiciales especialmente en materia penal. Bachmaier⁹⁷⁷ indica que estas disposiciones cubrirían supuestos como, por ejemplo, los previstos en la legislación holandesa que permiten a la fiscalía la imposición de sanciones, que solo si son recurridas darán lugar a un proceso judicial ante un juez penal.

Una de las novedades que aporta la OEI es la inclusión, en su ámbito de aplicación de la solicitud de medidas cautelares en materia penal. Por primera vez en el desarrollo de la materia de prueba penal en la UE las medidas para la obtención y el traslado de prueba de un Estado miembro a otro aparecen recogidas, en un único instrumento, junto con la adopción de medidas cautelares.⁹⁷⁸ Ahora bien, a la hora de regular las medidas cautelares este instrumento recoge solo aquellas que se dicten con el objetivo de asegurar los medios de prueba, y no las relativas al decomiso. Es importante tener en cuenta por lo tanto que, una OEI solo podrá ser emitida para la adopción de medidas

⁹⁷³ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Directiva 2014/41/CE*, *op.cit.* nota 134, considerando 16.

⁹⁷⁴ A. Mangiaracina, “A New and Controversial Scenario in the Gathering of Evidence at the European Level: The Proposal for a Directive on the European Investigation Order,” *Utrecht Law Review* 10, no. 1 (2014): 113–33; Bachmaier Winter, “Prueba Transnacional Penal Europea: La Directiva 2014/41 Relativa a La Orden Europea de Investigación”.

⁹⁷⁵ *Vid. infra*, en este mismo capítulo, apartado II.3.2

⁹⁷⁶ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Directiva 2014/41/CE*, *op.cit.* nota 134, artículo 4.

⁹⁷⁷ Bachmaier Winter, “Prueba Transnacional Penal Europea: La Directiva 2014/41 Relativa a La Orden Europea de Investigación”, *op.cit.* nota 951.

⁹⁷⁸ Tinoco Pastrana, A., «El embargo preventivo y el aseguramiento de pruebas en los procesos penales en la Unión Europea.», *op.cit.* nota 950.

destinadas “a impedir de forma cautelar la destrucción, transformación, desplazamiento, transferencia o enajenación de un objeto que pudiera emplearse como pruebas”.⁹⁷⁹ Por el contrario las cuestiones relativas al decomiso han sido reguladas de manera separada en la Directiva 2014/42/CE en materia de embargo y decomiso, adoptada conjuntamente con el texto de la OEI, que sin embargo, no contiene medidas dirigidas a regular la cooperación entre autoridades judiciales, sino que procede a la adopción de “normas mínimas sobre el embargo de bienes con vistas a su posible decomiso y sobre el decomiso de bienes en el ámbito penal”.⁹⁸⁰ En el considerando 34 de la Directiva por la que se crea la OIE el Consejo reconoce que durante el desarrollo de un proceso penal resulta difícil en ocasiones, determinar si el objetivo de una medida cautelar es el aseguramiento de pruebas o el decomiso del objeto de que se trate, pudiendo además esta intención variar a lo largo del procedimiento.⁹⁸¹ Por ese motivo considera que es fundamental “mantener una interrelación fluida entre los diversos instrumentos aplicables en este ámbito”.⁹⁸² En cualquier caso, y reafirmando que la OEI es un instrumento propio del modelo europeo de cooperación en el que, por lo tanto, rige el principio de confianza entre los Estados miembros, el Consejo recuerda en este punto que la valoración de si la medida está encaminada efectivamente al aseguramiento de pruebas, y puede por lo tanto solicitarse a través de una OEI, corresponde al Estado de emisión.⁹⁸³ La posibilidad de controlar la procedencia de la solicitud, y si esta es contraria a la protección que las garantías procesales otorgan al sospechoso, está en manos de las autoridades del Estado que solicita la medida, característica definitoria del modelo europeo.⁹⁸⁴

Siguiendo las respuestas obtenidas al Libro Verde de 2009⁹⁸⁵ el legislador europeo incluyó en la Directiva por la que se crea la OEI una serie de normas específicas para la práctica de algunos tipos de medidas de investigación, que son consideradas de mayor riesgo para los derechos de los individuos, o que presentan grandes diferencias en su regulación en el derecho interno de cada uno de los Estados miembros. La primera de las medidas a las que se hace referencia es el traslado temporal de detenidos al Estado

⁹⁷⁹ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Directiva 2014/41/CE*, *op.cit.* nota 134, artículo 32.

⁹⁸⁰ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Directiva 2014/42/UE*, *op.cit.* nota 252, artículo 1.

⁹⁸¹ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Directiva 2014/41/CE*, *op.cit.* nota 134, considerando 34.

⁹⁸² *Ibid.*, considerando 36.

⁹⁸³ *Ibid.*

⁹⁸⁴ Vid. *supra*, capítulo 3.

⁹⁸⁵ Comisión Europea, *Summary of the replies to the Green paper on obtaining evidence in criminal matters from one Member State to another and securing its admissibility*, *op.cit.* nota 961 .

de emisión de una OEI para la realización de diligencias de prueba, cuando su presencia sea necesaria, de acuerdo con la legislación del Estado emisor para que la prueba se admisible posteriormente.⁹⁸⁶ En este caso la Directiva se ocupa de establecer una serie de garantías para la protección de las cuales el Estado de emisión y el Estado de recepción de una solicitud de este tipo habrán de alcanzar un acuerdo previo al traslado. La OEI prevé igualmente la posibilidad de solicitar el desplazamiento del detenido, desde el Estado de emisión, al estado de ejecución para que esté presente en la realización de una actuación de investigación que haya de realizarse en el territorio de este. Aunque el traslado de detenidos estaba previsto ya tanto en el Convenio Europeo de 1959⁹⁸⁷ como en el Convenio de la UE de 2000⁹⁸⁸ la OEI realiza una regulación generalizada de esta medida, con independencia del tipo de papel que el detenido tenga en el proceso o investigación principal, unificando además el régimen de ambos acuerdos internacionales.⁹⁸⁹ Por su parte los artículos 24 y 25 de la Directiva recogen las normas relativas a la comparecencia a través de videoconferencia o teléfono respectivamente.⁹⁹⁰ En este caso las novedades aportadas se centran en la posibilidad de solicitar este tipo de medida en caso de que la persona que debe ser oída sea el acusado o investigado,⁹⁹¹ y en la insistencia en la información que ha de proporcionarse al interesado en relación, no solo al derecho a no declarar sino a todas las garantías de que dispone.⁹⁹² La introducción en el texto de la Directiva de normas específicas en relación a la obtención de información sobre cuentas y operaciones bancarias o financieras constituye una novedad en sí misma⁹⁹³ puesto que, ni los Convenios de 1959 y 2000, ni el Exhorto Europeo de prueba hacían mención de este tipo de medidas. La OEI contiene además disposiciones específicas en relación al seguimiento de cuentas o operaciones bancarias que habían sido excluidas del ámbito de aplicación del Exhorto europeo,⁹⁹⁴ al igual que se incorporan normas específicas respecto de las entregas vigiladas u otras que

⁹⁸⁶ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Directiva 2014/41/CE*, *op.cit.* nota 134, artículo 22.

⁹⁸⁷ *Convenio Europeo de asistencia judicial en materia penal*, *op.cit.* nota 11, artículo 11.

⁹⁸⁸ *Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea*, *op.cit.* nota 890, artículo 9.

⁹⁸⁹ Así si se observa el Convenio de 1959 la posibilidad de solicitar el traslado se refiere únicamente a testigos o a supuestos de careo. Por otra parte, en el Convenio de 2000 se regula solo, de manera complementaria a las normas del Convenio europeo, la posibilidad de trasladar al detenido desde el Estado requirente al requerido cuando las actuaciones que han de realizarse en el territorio de este último requieran su presencia.

⁹⁹⁰ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Directiva 2014/41/CE*, *op.cit.* nota 134, artículos 24 y 25.

⁹⁹¹ *Ibid.*, artículo 24.1.

⁹⁹² *Ibid.*, artículo 24.5 letra e.

⁹⁹³ *Ibid.*, artículos 26 y 27.

⁹⁹⁴ Consejo de la Unión Europea, *Decisión Marco 2008/978/JAI*, *op.cit.* nota 133, artículo 4.2 letra c.

“impliquen la obtención de pruebas en tiempo real, de manera continua y durante un determinado período de tiempo”.⁹⁹⁵ La última de las medidas particularmente referida en la Directiva de la OEI es la de las investigaciones encubiertas que aparecía ya recogida en el Convenio de 2000 entre los Estados miembros de la UE.⁹⁹⁶ En relación a estas se determina, igual que se hacía ya en el caso de su regulación anterior, que el desarrollo de dichas medidas se realizará de acuerdo con el principio *locus regit actum*, sustrayéndose por lo tanto de la aplicación de los principios de reconocimiento y confianza mutuos tal y como se han definido en el modelo europeo de cooperación judicial.⁹⁹⁷ Para finalizar, los artículos 30 y 31 de la Directiva incorporan lo que podría definirse como régimen europeo de intervención de telecomunicaciones, que recoge en gran medida las disposiciones equivalentes contenidas en el Convenio de 2000,⁹⁹⁸ especificando las condiciones aplicables a la solicitud de este tipo de medida a través de una OEI.

II.2.2. Las autoridades involucradas.

El concepto de autoridad empleado por la Directiva es autónomo. A efectos de la emisión de una OEI se considera autoridad a cualquiera que, de acuerdo con el derecho del Estado miembro de emisión, tiene competencias para ordenar la práctica de prueba en procesos en materia penal. De acuerdo con el artículo 2 de dicha Directiva pueden ser, por lo tanto, autoridades emisoras tanto aquellas de carácter judicial-jueces, fiscales, magistrados-como cualquier otra que cumpla la descripción anterior.⁹⁹⁹ Se trata de una novedad respecto a lo que disponía el mismo artículo en el caso del Exhorto europeo de prueba,¹⁰⁰⁰ que añadía la palabra judicial al concepto de cualquier autoridad, eliminando así la posibilidad de que autoridades públicas de tipo administrativo o policial pudiesen solicitar, a través de dicho instrumento, la práctica de prueba en un Estado miembro distinto al suyo. La negociación de este punto del nuevo texto fue complicada, como

⁹⁹⁵ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Directiva 2014/41/CE*, *op.cit.* nota 134, artículo 28.

⁹⁹⁶ *Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea*, *op.cit.* nota 890, artículo 14.

⁹⁹⁷ Vid. *supra*, capítulo 2.

⁹⁹⁸ *Convenio de Asistencia Judicial En Materia Penal Entre Los Estados Miembros de La Unión Europea*, *op.cit.* nota 890, título III.

⁹⁹⁹ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Directiva 2014/41/CE*, *op.cit.* nota 134, artículo 2.

¹⁰⁰⁰ Consejo de la Unión Europea, *Decisión Marco 2008/978/JAI*, *op.cit.* nota 133, artículo 2.

consecuencia de las diferencias existentes en las legislaciones procesales de los distintos Estados miembros.¹⁰⁰¹

Lo cierto es que la propuesta original, presentada por siete Estados miembros,¹⁰⁰² incluía la posibilidad de que cualquier otra autoridad pudiese emitir una OEI, pero exigía, como en el caso del Exhorto, que esta fuese de carácter judicial. Sin embargo, algunos Estados miembros insistían en que, de acuerdo con sus ordenamientos, algunas de las medidas previstas en el ámbito de aplicación de la OEI, podían ser adoptadas por autoridades policiales.¹⁰⁰³ La solución aportada por el Consejo fue la eliminación de la exigencia de que se tratase de una autoridad judicial y la incorporación de un mecanismo de validación que exige que, cuando la OEI sea emitida por una autoridad no judicial esta habrá de ser validada por “un fiscal o un magistrado instructor del Estado de emisión”.¹⁰⁰⁴ Esta situación ejemplifica las dificultades de aplicar el principio de reconocimiento mutuo en materia de justicia en aquellas situaciones en las que no se ha realizado una armonización previa de las legislaciones procesales de los Estados miembros.¹⁰⁰⁵ El principio de confianza mutua entre los Estados miembros, y en concreto la confianza en que el ordenamiento extranjero tiene un nivel de protección de los derechos y garantías individuales equivalente al propio, no parece ser suficiente para que un Estado acepte la adopción de medidas de investigación sin supervisión judicial. Sin embargo la solución adoptada no satisface completamente las preocupaciones relativas a dicha protección. Así lo manifiesta Bachmaier¹⁰⁰⁶ que se plantea cual ha de ser la actitud de un juez español que ha de ejecutar una OEI relativa a la obtención de una muestra de ADN cuando esta viene validada por un fiscal puesto que, el ordenamiento español, exige que en este tipo de medidas que pueden afectar los derechos de la persona interesada, sea un juez el que determine su pertinencia. En este

¹⁰⁰¹ Información sobre la situación de este asunto en los ordenamientos de los distintos Estados miembros puede encontrarse en: Presidencia del Consejo de la Unión Europea, Answers to the questionnaire related to issuing authorities in application of the initiative for a Council Framework Decision on the European Investigation Order, Documento de Trabajo 13049/1/10/, 2010, disponible en:

<http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%2013049%202010%20REV%201>.

¹⁰⁰² *Iniciativa del Reino de Bélgica, la República de Bulgaria, la República de Estonia, el Reino de España, la República de Austria, la República de Eslovenia y el Reino de Suecia con vistas a la adopción de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de...relativa al exhorto europeo de investigación en materia penal*, DO C-165 de 24 de junio de 2010, pág. 22-39.

¹⁰⁰³ Presidencia del Consejo de la Unión Europea, *Informe de situación. Documento interinstitucional 2010/0817 (COD)*, 1010, 5, disponible en:

<http://register.consilium.europa.eu/pdf/es/10/st16/st16868.es10.pdf>.

¹⁰⁰⁴ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Directiva 2014/41/CE*, *op.cit.* nota 134, artículo 2 letra c) ii.

¹⁰⁰⁵ *Vid. supra*, capítulo 3, apartado I.2.

¹⁰⁰⁶ Bachmaier, «Prueba transnacional penal europea: la Directiva 2014/41 relativa a la orden europea de investigación», *op.cit.* nota 951, 9.

tipo de situaciones, tal y como argumenta esta autora, la solución sería el recurso al artículo 2 letra d de la Directiva de 2014.¹⁰⁰⁷ Este artículo permite que a la hora de ejecutar la OEI, y si así lo requiere el ordenamiento interno del Estado de ejecución, una autoridad pueda someter la ejecución a la validación por parte de una de sus autoridades judiciales. La validación se produciría por lo tanto en el Estado de ejecución y no en el de emisión. En este tipo de circunstancia sin embargo, no parece que la Directiva pretenda autorizar una revisión de fondo de los motivos que llevaron a la emisión de la OEI, sino una simple verificación formal, puesto que lo contrario sería manifiestamente opuesto a la intención de aplicar el modelo europeo de cooperación judicial, de manera general, a la obtención y transmisión de prueba entre los Estados miembros en materia penal.¹⁰⁰⁸ En relación a las autoridades de ejecución el mismo artículo 2 reenvía a las legislaciones nacionales para determinar que autoridades son competentes para la ejecución de una OEI estableciendo que autoridad de ejecución es “una autoridad que tenga competencia para reconocer una OEI y asegurar su ejecución de conformidad con la presente Directiva y los procedimientos aplicables en un caso interno similar”.¹⁰⁰⁹

II.2.3. Condiciones y procedimiento de emisión y recepción.

Al igual que ocurría con el Exhorto europeo de prueba,¹⁰¹⁰ y de manera menos clara con la OEDE,¹⁰¹¹ la emisión de una OEI está sujeta a una serie de condiciones. Estas condiciones aparecen recogidas en el artículo 6 de la Directiva y son: la concurrencia de condiciones de necesidad y proporcionalidad, y la posibilidad de que la medida solicitada pudiese dictarse en el Estado de emisión para un caso interno similar.¹⁰¹² La introducción de la exigencia de respeto al principio de proporcionalidad ha sido acogida de manera muy positiva por doctrina¹⁰¹³ e instituciones de defensa de los derechos

¹⁰⁰⁷ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Directiva 2014/41/CE*, *op.cit.* nota 134.

¹⁰⁰⁸ Vid. *supra*, capítulo 3, apartado I.

¹⁰⁰⁹ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Directiva 2014/41/CE*, *op.cit.* nota 134, artículo 2.

¹⁰¹⁰ Consejo de la Unión Europea, *Decisión Marco 2008/978/JAI*, *op.cit.* nota 133, artículo 7.

¹⁰¹¹ Consejo de la Unión Europea, *Decisión Marco 2002/584/JAI*, *op.cit.* nota 137, artículo 5.

¹⁰¹² Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Directiva 2014/41/CE*, *op.cit.* nota 134, artículo 6.

¹⁰¹³ Vid. *inter alia*, C. Heard and D. Mansell, “The European Investigation Order: Changing the Face of Evidence-Gathering in EU Cross-Border Cases,” *New Journal of European Criminal Law* 4 (2011): 1–13; S. Allegrezza, “Collecting Criminal Evidence Across the European Union: The European Investigation Order Between Flexibility and Proportionality,” in *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe*, ed. S. Ruggeri (Heidelberg/New York/Dordrecht/London: Springer International Publishing, 2014), 51–67; Mangiaracina, “A New and Controversial Scenario in the Gathering of Evidence at the European Level: The Proposal for a Directive on the European Investigation Order”, *op.cit.* nota 974..

humanos.¹⁰¹⁴ Y ello porque se trata de uno de los puntos de mayor conflicto generados en la aplicación, por parte de los Estados miembros, de la OEDE.¹⁰¹⁵ El famoso informe presentado por Fair Trials International en 2012 demostró que países como Polonia, con una población de 38 millones de habitantes había emitido un total de 3753 OEDes en 2010 y Rumanía, con 21 millones 2000. Por el contrario Reino Unido con una población mucho mayor (62 millones) solo 257 y Alemania (82 millones) 2096.¹⁰¹⁶

El texto de la Decisión marco de 2002 no requiere ningún test de proporcionalidad, y permite que una OEDE pueda ser emitida para cualquier delito que esté penado en el Estado emisor con una medida de privación de libertad con un máximo de al menos doce meses, y cuatro meses en caso de que se trate de cumplimiento de una resolución judicial.¹⁰¹⁷ Para aquellos casos en los que el delito esté recogido en el listado de 32 ofensas para las que no se requiere doble tipicidad, habrá de estar penado con una privación de libertad de un máximo de al menos tres años. Tal y como hacen notar Vogler y Spencer¹⁰¹⁸ este tipo de penas corresponden a delitos tan genéricos como el robo que pueden cubrir desde grandes robos de bancos hasta el robo de un vehículo. Como consecuencia de las críticas recibidas, el Consejo de la Unión Europea publicó una “Versión revisada del Manual europeo para la emisión de órdenes de detención europeas”¹⁰¹⁹ en la que se incluía ya una sección relativa a la proporcionalidad.¹⁰²⁰ En este manual se mencionaban una serie de criterios recomendados para la valoración de la proporcionalidad de emitir una OEDE, aunque siempre recordando que no existe una obligación semejante en el texto de la Decisión marco,¹⁰²¹ y que en cualquier caso corresponde al Estado de emisión la valoración de este aspecto.¹⁰²² Entre dichos criterios aparecen recogidos la evaluación de la gravedad del delito, la posibilidad real de que la persona sea detenida, la sanción que se impondrá, el interés de las víctimas y la protección generalizada de la población. Igualmente el Consejo considera que es importante que, en casos de prisión preventiva, las autoridades valoren la posibilidad de

¹⁰¹⁴ «Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights on the draft Directive regarding the European Investigation Order» (Viena: Agencia Europea de Derechos Fundamentales, 2011).

¹⁰¹⁵ J. Vogel y J.R. Spencer, «Proportionality and the European arrest warrant», *Criminal Law Review* 6 (2010): 474-80.

¹⁰¹⁶ «The European arrest warrant eight years on-time to amend the framework decision?» (Londres: Fair Trials International, 2012).

¹⁰¹⁷ Consejo de la Unión Europea, *Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo*, *op.cit.* nota 137, artículo 2.1.

¹⁰¹⁸ Vogel y Spencer, «Proportionality and the European arrest warrant», *op.cit.* nota 1015: 581.

¹⁰¹⁹ Consejo de la Unión Europea, *Versión revisada del manual europeo para la emisión de órdenes de detención europeas*, Documento 1719571/10 de 17 de diciembre de 2010.

¹⁰²⁰ *Ibid.*, 14 y ss.

¹⁰²¹ *Ibid.*, 14.

¹⁰²² *Ibid.*, 15.

utilizar otros mecanismos tales como los instrumentos del modelo clásico o medidas menos coercitivas.

La literatura ha analizado ampliamente la cuestión del test de proporcionalidad en su aplicación en el modelo europeo de cooperación judicial penal,¹⁰²³ llegando a la conclusión de que, aunque en un principio podría pensarse que la problemática relativa al test de proporcionalidad se deriva de las diferencias entre la configuración que cada delito tiene en los distintos ordenamientos de los Estados miembros, o en las penas asignadas a los mismos, en realidad la gran dificultad se encuentra en la diferencia de posibilidades de actuación que corresponden a las autoridades de cada país a la hora de perseguir delitos, variando desde aquellos Estados que aplican estrictamente el principio de legalidad, hasta aquellos en los que se concede a las autoridades competentes un amplio margen de discreción.¹⁰²⁴ Es precisamente esta problemática la que hace pensar que la inclusión del test de proporcionalidad como obligación para las autoridades del Estado de emisión pueda no surtir los efectos deseados.¹⁰²⁵ Y ello porque al impedir que este test sea usado por la autoridad de ejecución para el rechazo de una OEI, la valoración de la proporcionalidad se realizará en función de las disposiciones del derecho nacional del Estado emisor haciendo que, en aquellos países como Polonia en que se aplica estrictamente el principio de legalidad el resultado final sea el mismo, no pudiendo dejar que los delitos queden sin sanción.¹⁰²⁶

Junto con la realización de una valoración de proporcionalidad el texto de la nueva Directiva exige además que la autoridad de emisión compruebe si “la medida o medidas de investigación requeridas en la OEI podrían haberse dictado en las mismas condiciones para un caso interno similar”.¹⁰²⁷ Se trata de una introducción, ya presente en el Exhorto europeo,¹⁰²⁸ que tiene como objetivo evitar el *forum shopping* que las autoridades pudiesen hacer, empleando la OEI para solicitar en el extranjero pruebas

¹⁰²³ Sobre esta cuestión *cf. inter alia*, M. Sotto Maior, «The principle of proportionality: Alternative Measures to the EAW.», en *The European Arrest Warrant in Practice*, ed. N. Keijzer y E. van Sliedregt (Amsterdam: T.M.C. Asser Press, 2009), 213-28; Vogel y Spencer, «Proportionality and the European arrest warrant», *op.cit.* nota 1015; S. Haggemüller, «The Principle of Proportionality and the European Arrest Warrant», *Ultima Ratio, a principle at risk. European Perspectives*, Oñati Socio-Legal Series., 3, n.º 1 (2013): 95-106.

¹⁰²⁴ S. Haggemüller, «The Principle of Proportionality and the European Arrest Warrant», *Ultima Ratio, a principle at risk. European Perspectives*, Oñati Socio-Legal Series, 3, n.º 1 (2013): 102.

¹⁰²⁵ Bachmaier Winter, “European Investigation Order for Obtaining Evidence in the Criminal Proceedings. Study of the Proposal for a European Directive”, *op.cit.* nota 946.

¹⁰²⁶ Belfiore, “Critical Remarks on the Proposal for a European Investigation Order and Some Considerations on the Issue of Mutual Admissibility of Evidence”, *op.cit.* nota 972.

¹⁰²⁷ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Directiva 2014/41/CE*, *op.cit.* nota 134, artículo 6.1 letra b.

¹⁰²⁸ Consejo de la Unión Europea, Decisión Marco 2008/978/JAI, *op.cit.* nota 133, artículo 7 letra b.

que en caso de encontrarse en el territorio nacional no habrían podido obtener con una medida semejante. Las opiniones en torno a la virtual eficacia que esta cláusula pueda tener se encuentran divididas. Si hay quien¹⁰²⁹ considera que el *forum shopping* viene limitado, no por esta cláusula, que resulta innecesaria, sino por los criterios de admisibilidad de prueba de cada Estado que no permitirían el uso de evidencia obtenida a través de esta estrategia; también es posible encontrar autores¹⁰³⁰ que afirman que a pesar de la existencia de esta cláusula las autoridades de un Estado miembro pueden recurrir a una OEI para obtener elementos de prueba que se encuentren al mismo tiempo en su territorio y en el extranjero, conociendo las dificultades internas para obtenerla, y la mayor propensión de las autoridades de otro Estado miembro a concederla en determinadas situaciones como puede ser el caso de la información bancaria.

Por lo que se refiere al procedimiento de emisión y recepción de una OEI, desde el punto de vista formal, este reproduce el sistema de formularios estándar,¹⁰³¹ característico del modelo europeo de cooperación penal, y establece como norma general¹⁰³² la comunicación directa entre autoridades competentes.¹⁰³³ En relación a la comunicación directa entre autoridades es importante tener en cuenta que, algunas de las medidas de investigación previstas para su solicitud a través de una OEI, hacen difícil pensar que la autoridad competente de emisión pueda identificar correctamente, incluso con ayuda de instituciones como la RJUE penal,¹⁰³⁴ cual es la autoridad competente en el Estado de ejecución. Es el caso de la intervención de comunicaciones o de otras medidas como la obtención de información sobre cuentas bancarias en las que la práctica de la prueba puede tener que realizarse bajo distintas jurisdicciones.

La Directiva de creación de la OEI prevé que los Estados miembros puedan nombrar autoridades centrales que tendrán como función la de asistir a las autoridades competentes, y si es necesario actuar como autoridades emisoras o receptoras.¹⁰³⁵ A falta de poder analizar como transponen los Estados miembros esta disposición, algunos autores consideran que podría resultar adecuado el nombramiento de una Autoridad

¹⁰²⁹ Belfiore, “Critical Remarks on the Proposal for a European Investigation Order and Some Considerations on the Issue of Mutual Admissibility of Evidence”, *op.cit.* nota 972.

¹⁰³⁰ D. Sayers, «The European investigation order, travelling without a roadmap», *CEPS Research Paper*, Liberty and Security in Europe, 2011, 9.

¹⁰³¹ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Directiva 2014/41/CE*, *op.cit.* nota 134, artículo 5.

¹⁰³² *Ibid.*, artículo 7.1 y 7.2.

¹⁰³³ Vid. *supra*, capítulo 2.

¹⁰³⁴ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Directiva 2014/41/CE*, *op.cit.* nota 134, artículo 7.5.

¹⁰³⁵ *Ibid.*, artículo 7.3.

central que se ocupe de recibir este tipo de OEI más complejas en las que no resulta posible, de antemano, conocer la autoridad nacional competente, y de su traslado a la autoridad o autoridades que han de realizar la práctica de la prueba, centralizando posteriormente la respuesta a la autoridad emisora.¹⁰³⁶

Una de las características de la Directiva 2014/41/CE es la insistencia en la comunicación entre la autoridad de emisión y la de ejecución como elemento clave para el buen funcionamiento de este instrumento de cooperación. No solo establece que la transmisión será directa entre ambas sino que además determina, al igual que otros instrumentos en materia penal,¹⁰³⁷ que en caso de que surja algún problema en cuanto a la transmisión o autenticidad de la solicitud, al igual que en otros aspectos que se verán más adelante,¹⁰³⁸ habrá de comunicarse sin demora con la autoridad de emisión para solventar dicha dificultad. Resulta más novedoso el mecanismo, que había sido introducido ya en el Exhorto europeo de prueba, de la emisión de una segunda OEI relacionada con una anterior. La novedad reside en la posibilidad que ofrece el artículo 8.2 de que, en aquellos casos en que una autoridad del Estado requirente se encuentre desplazada en el Estado requerido para la práctica de la prueba, podrá “transmitir una OEI completiva directamente a la autoridad de ejecución, mientras se encuentre en dicho Estado”.¹⁰³⁹ La introducción de esta opción recibió duras críticas durante el proceso de negociación de este texto legislativo puesto que se consideraba que la emisión de esta segunda OEI había de estar sujeta a los mismos requisitos y condiciones previstos para la orden original.¹⁰⁴⁰ Aunque el texto final exige la cumplimentación de un nuevo formulario conforme al artículo 5.1, y la necesidad de que, en caso de que no se trate de una autoridad judicial la solicitud sea validada de acuerdo con el artículo 2 letra c, para esta orden completiva no se exige de manera explícita el cumplimiento de las condiciones de necesidad y proporcionalidad previstas en el artículo 6. Esto permite que las autoridades requirentes puedan obtener, una vez en el Estado requerido, la realización de actividades de prueba que no habría superado inicialmente este test, especialmente si se tiene en cuenta que la comprobación de este extremo corresponde a la autoridad de emisión.

¹⁰³⁶ Bachmaier Winter, “Prueba Transnacional Penal Europea: La Directiva 2014/41 Relativa a La Orden Europea de Investigación”.

¹⁰³⁷ Cfr. por ejemplo, el artículo 10.5 de la *Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo*, *op.cit.* nota 137; o el artículo 7.6 de la *Decisión Marco 2008/978/JAI del Consejo*, *op.cit.* nota 133.

¹⁰³⁸ Vid. infra, en este mismo capítulo II.3.

¹⁰³⁹ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Directiva 2014/41/CE*, *op.cit.* nota 134, artículo 8.2.

¹⁰⁴⁰ Heard and Mansell, “The European Investigation Order: Changing the Face of Evidence-Gathering in EU Cross-Border Cases”, *op.cit.* nota 1013: 6.

II.3. La ejecución y participación de la defensa en la OEI.

II.3.1. Procedimiento de ejecución.

El procedimiento de ejecución de una OEI, como parte de la aplicación del modelo europeo de cooperación judicial al sector de la obtención de prueba penal, prevé la substitución del principio de aplicación de la *lex loci* como norma general, por el de *lex fori*.¹⁰⁴¹ Así aparece recogido en el artículo 9.2 de la Directiva según el cual las autoridades de ejecución están obligadas a respetar las formalidades y procedimientos que la autoridad de emisión exija excepto en aquellos casos en los que estos sean contrarios a los principios fundamentales del Estado de ejecución.¹⁰⁴² Se trata de una fórmula que aparece de manera recurrente en los instrumentos del modelo europeo de cooperación judicial y que por lo tanto no sorprende, aunque es cierto que, en el campo de la práctica de la prueba puede resultar especialmente problemático puesto que la prueba es el resultado de un procedimiento que cada Estado miembro regula en su ordenamiento de manera muy particular imponiendo como sanción para su incumplimiento la inadmisibilidad de la misma.¹⁰⁴³ Como medida ulterior para favorecer la admisibilidad de la prueba en el Estado que la solicita la Directiva prevé que las autoridades de emisión puedan solicitar estar presentes durante la práctica de la prueba siempre y cuando se trate de una presencia prevista en su ordenamiento interno para medidas de investigación similares.¹⁰⁴⁴ Las autoridades de ejecución solo podrán rechazar esta presencia cuando sea contraria a los principios fundamentales de su ordenamiento o pueda resultar perjudicial por motivos de seguridad nacional.¹⁰⁴⁵ A pesar de la ausencia de armonización en la materia la posibilidad de que la práctica de la prueba se realice siguiendo los requisitos de forma previstos en el ordenamiento del Estado de emisión y con la presencia de autoridades de este puede llevar a una mejora del nivel de conocimiento y entendimiento entre autoridades y ordenamientos de distintos Estados miembros, un elemento fundamental para la mejora de la confianza mutua entre ellos y, por lo tanto de la eficacia del modelo europeo.¹⁰⁴⁶ Una sorprendente

¹⁰⁴¹ *Vid. supra* capítulo II, apartado I.1.

¹⁰⁴² Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Directiva 2014/41/CE*, *op.cit.* nota 134, artículo 9.2.

¹⁰⁴³ Mangiaracina, “A New and Controversial Scenario in the Gathering of Evidence at the European Level: The Proposal for a Directive on the European Investigation Order”, *op.cit.* nota 974.

¹⁰⁴⁴ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Directiva 2014/41/CE*, *op.cit.* nota 134, artículo 9.4.

¹⁰⁴⁵ *Ibid.*

¹⁰⁴⁶ Belfiore, «Critical Remarks on the Proposal for a European Investigation Order and Some Considerations on the Issue of Mutual Admissibility of Evidence», *op.cit.* nota 972: 85. Sobre la relevancia de la formación y

novedad que incorpora la OEI, y que no aparecía anteriormente en los instrumentos de cooperación judicial, es la posibilidad de que las autoridades del Estado de emisión ejerzan competencias coercitivas en el territorio del Estado de ejecución.¹⁰⁴⁷ Aunque se exige que esta posibilidad sea acordada con la autoridad de ejecución y este prevista por el ordenamiento de este último Estado, no deja de resultar complejo que pueda ponerse en práctica dicha medida, ya que el desconocimiento del derecho de otro Estado por parte de las autoridades emisoras podría dar lugar a importantes violaciones de los derechos y libertades que asisten a los interesados según el mismo. El legislador europeo perdió, sin embargo, la oportunidad de introducir la posibilidad, extendida en el campo de la obtención de prueba en materia civil,¹⁰⁴⁸ de permitir que autoridades de un Estado puedan realizar en otro, con la autorización de este, actuaciones de investigación siempre que estas no sean coercitivas.¹⁰⁴⁹ Una opción no exenta de complicaciones, la mayor de las cuáles sería el obstáculo de la soberanía nacional, que sin embargo resulta mucho más “atacado” en el caso del ejercicio de poder coercitivo en el propio territorio por parte de autoridades extranjeras.

La Directiva de 2014¹⁰⁵⁰ incluye una excepción a la obligación de que las autoridades tengan que asegurar que una OEI “se ejecute de la misma manera y bajo las mismas circunstancias que si la medida de investigación de que se trate hubiera sido ordenada por una autoridad del Estado de ejecución”.¹⁰⁵¹ Se trata de la posibilidad, prevista en el artículo 10 de substituir la medida solicitada cuando esta no existe en el derecho interno o bien existe pero no se prevé su aplicación en un caso similar.¹⁰⁵² En el caso de que no exista una medida disponible, es decir existente y aplicable de acuerdo con el derecho del Estado de ejecución, se notificará a la autoridad emisora la imposibilidad de llevar a cabo la colaboración.¹⁰⁵³ Esta posibilidad de substitución está disponible igualmente para las autoridades de ejecución cuando consideren que es posible obtener los mismos resultados aplicando una medida menos invasiva para los derechos y libertades de la persona interesada.¹⁰⁵⁴ La inclusión de este artículo 10 plantea una importante cuestión

contacto entre autoridades judiciales europeas para el buen funcionamiento del modelo europeo de cooperación judicial *vid. supra*, capítulo 3, apartado II.

¹⁰⁴⁷ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Directiva 2014/41/CE*, *op.cit.* nota 134, artículo 9.5.

¹⁰⁴⁸ Consejo de la Unión Europea, *Reglamento (CE) n° 1206/2001*, *op.cit.* nota 35, artículo 17.

¹⁰⁴⁹ A. Lach, «Transnational gathering of evidence in criminal cases in the EU de lege lata and de lege ferenda», *Eucrim* 3 (2009): 107-10.

¹⁰⁵⁰ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Directiva 2014/41/CE*, *op.cit.* nota 134.

¹⁰⁵¹ *Ibid.*, artículo 9.1.

¹⁰⁵² *Ibid.*, artículo 10.1

¹⁰⁵³ *Ibid.*, artículo 10.5.

¹⁰⁵⁴ *Ibid.*, artículo 10.3

para el futuro funcionamiento de la OEI, en relación a la posibilidad de que se convierta en un motivo de no reconocimiento de la solicitud a través de la valoración de la proporcionalidad de la medida solicitada que esta disposición permite realizar a la autoridad de ejecución. Como se ha visto anteriormente, de acuerdo con el modelo europeo de cooperación, la Directiva OEI deposita la responsabilidad en el control de la legalidad y proporcionalidad de la medida solicitada a las autoridades emisoras.¹⁰⁵⁵ Sin embargo, la posibilidad de que la autoridad de ejecución emplee una medida menos invasiva que la solicitada para alcanzar los mismos resultados supone la concesión de dicha capacidad de control respecto del cumplimiento del test de proporcionalidad, puesto que solo de este modo puede llegar a la conclusión de que resulta más apropiada la aplicación de una medida diferente.¹⁰⁵⁶ Esta excepción a la aplicación generalizada del principio de reconocimiento mutuo, puede generar un motivo de denegación no previsto de la solicitud, puesto que en aquellos casos en los que la sustitución se produzca como consecuencia de que se solicite una medida cuya aplicación no se prevé, en el Estado de ejecución, para una infracción como la que genera la solicitud y esta no puede ser substituida, la autoridad de ejecución podrá comunicar la imposibilidad de realizar la cooperación. Aunque originalmente esta posibilidad de sustitución estaba prevista como una manera de optimizar la cooperación entre autoridades permitiendo que, la inexistencia de una determinada actuación de investigación en un Estado miembro no derivase automáticamente en el rechazo de la solicitud, la indeterminación de la redacción del artículo 10.1 letra b al hacer referencia a que la medida no exista en un caso interno similar, sin especificar el concepto de caso similar, hace que las autoridades nacionales puedan convertir esta cláusula en un motivo más de no reconocimiento.¹⁰⁵⁷

II.3.2. Causas de denegación.

La definición de los motivos de rechazo de la ejecución constituye uno de los elementos más complejos, y a la vez de mayor impacto, en todo instrumento de reconocimiento mutuo que se adopte. Y ello porque es en estos donde se refleja el nivel

¹⁰⁵⁵ *Vid. supra*, capítulo 3, apartado I.

¹⁰⁵⁶ Mangiaracina, «A New and Contradictory Scenario in the Gathering of Evidence at the European Level: The Proposal for a Directive on the European Investigation order», *op.cit.* nota 974, 127.

¹⁰⁵⁷ L. Bachmaier Winter, «The Proposal for a Directive on the European Investigation Order and the Grounds for Refusal: A Critical Assessment», en *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe*, ed. S. Ruggeri (Heidelberg/New York, Dordrecht/London: Springer International Publishing, 2014), 77.

de confianza mutua existente entre los Estados miembros y por lo tanto, el nivel de implementación del principio de reconocimiento mutuo en un determinado sector, de acuerdo con “lo que ya se conoce como la *fórmula del reconocimiento mutuo*: cuanto menor sea el número de extremos que deban ser objeto de control por la autoridad de ejecución, más intensa o mayor vigencia tendrá la aplicación del reconocimiento mutuo”.¹⁰⁵⁸ Al mismo tiempo constituye un punto clave en relación a la protección de los derechos y garantías fundamentales de los interesados puesto que, del contenido de estos motivos, se derivará la definición del papel que corresponde al juez nacional del Estado de ejecución en dicha protección.¹⁰⁵⁹ Tras una compleja negociación,¹⁰⁶⁰ el sistema finalmente establecido en el caso de la OEI es un híbrido que contiene elementos derivados del proceso de aprendizaje que ha seguido el legislador europeo a través de la aplicación de la OEDE por parte de los Estados miembros,¹⁰⁶¹ y al mismo tiempo mantiene algunas imprecisiones que pueden generar nuevos problemas, como consecuencia de la falta de armonización de los ordenamientos procesales de los Estados miembros.¹⁰⁶²

Las causas de denegación de una OEI aparecen recogidas en el artículo 11 de la Directiva.¹⁰⁶³ La primera de ellas hace referencias a los supuestos en los que la persona objeto de investigación sea sujeto de una inmunidad o privilegio en el Estado de ejecución, o bien normas sobre la protección de la libertad de prensa o la libertad de expresión impidan la ejecución de una OEI. Se trata de un motivo presente en todos los instrumentos de cooperación entre autoridades, tanto en el modelo europeo, como en el modelo clásico, cuya permanencia se deriva de las potenciales obligaciones que cada Estado miembro pueda tener en relación con terceros Estados y que están regidas por Derecho Internacional.¹⁰⁶⁴ La segunda de las posibilidades de denegación se refiere a

¹⁰⁵⁸ M. de Hoyos Sancho, «El principio de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea: ¿Asimilación automática o corresponsabilidad?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 22 (septiembre de 2005): 826.

¹⁰⁵⁹ Heard and Mansell, “The European Investigation Order: Changing the Face of Evidence-Gathering in EU Cross-Border Cases”, *op.cit.* nota 1013.

¹⁰⁶⁰ Mangiaracina, “A New and Controversial Scenario in the Gathering of Evidence at the European Level: The Proposal for a Directive on the European Investigation Order”, *op.cit.* nota 974.

¹⁰⁶¹ Allegrezza, “Collecting Criminal Evidence Across the European Union: The European Investigation Order Between Flexibility and Proportionality”, *op.cit.* nota 1013.

¹⁰⁶² Bachmaier Winter, “The Proposal for a Directive on the European Investigation Order and the Grounds for Refusal: A Critical Assessment”, *op.cit.* nota 1057.

¹⁰⁶³ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Directiva 2014/41/CE*, *op.cit.* nota 134, artículo 10.

¹⁰⁶⁴ *Vid.* por ejemplo, en relación a la regulación de este aspecto en la nueva ley española de cooperación internacional, J.A. González Vega, «Inmunidades, Derecho internacional y tutela judicial en la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre inmunidades, ¿juego de espejos en el callejón del Gato» 68, n.º 1 (2016): 85-97.

aquellos supuestos en los que la ejecución de la OEI pueda dañar la seguridad nacional del Estado de ejecución o bien pueda ser perjudicial para alguna fuente de información o suponer el uso de información confidencial. Estos dos motivos estaban también previstos en otros instrumentos en la materia como es el caso del Exhorto europeo de prueba¹⁰⁶⁵ y en la Decisión marco sobre embargo preventivo y aseguramiento de pruebas.¹⁰⁶⁶ Mayor complejidad presenta la causa de rechazo de la cooperación prevista en la letra c de este artículo 11, especialmente por la falta de coherencia entre esta y lo dispuesto en el artículo 10.¹⁰⁶⁷ Así se incluye como causa de denegación de ejecución, para los supuestos en los que la OEI se emita en un procedimiento no penal de los previstos en el artículo 4 letras b y c, en caso de que en el Estado de ejecución la medida solicitada no esté prevista para un caso similar. La perplejidad se genera por el hecho de que, de acuerdo con el artículo 10, en aquellos supuestos en los que no exista la medida solicitada, la autoridad de ejecución buscará una medida alternativa que permita obtener los mismos resultados. Sin embargo, en el caso de que la solicitud la emita una autoridad no judicial o bien se emita en un procedimiento no penal, la autoridad de ejecución podrá rechazar directamente la solicitud.¹⁰⁶⁸ Se trata por lo tanto de un requisito extra para este tipo de solicitudes, que no parece tener un fundamento claro, especialmente si se tiene en cuenta que, con el objetivo de evitar problemas derivados de las diferencias entre los sistemas procesales de los distintos Estados miembros, la Directiva exige que este tipo de solicitudes sean sometidas en cualquier caso, al control de una autoridad judicial.¹⁰⁶⁹

Uno de los puntos de la Directiva de 2014 que generó mayores conflictos durante su proceso de adopción fue la exclusión, en la propuesta original, de los motivos de denegación basados en el principio de *ne bis in idem* y el criterio de territorialidad.¹⁰⁷⁰ Aunque finalmente estos han sido incluidos en el texto legislativo aprobado, aparecen fuertemente limitados.¹⁰⁷¹ Por lo que se refiere al principio de *ne bis in idem*¹⁰⁷² se

¹⁰⁶⁵ Consejo de la Unión Europea, *Decisión Marco 2008/978/JAI*, *op.cit.* nota 133, artículo 13.1, en el caso de las inmunidades en su letra d y para la protección de la seguridad nacional letra g.

¹⁰⁶⁶ Consejo de la Unión Europea, *Decisión marco 2003/577/JAI del Consejo*, *op.cit.* nota 249, artículo 7.1 letra b que contiene la causa de denegación relativa a las inmunidades.

¹⁰⁶⁷ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Directiva 2014/41/CE*, *op.cit.* nota 134.

¹⁰⁶⁸ Bachmaier Winter, «The Proposal for a Directive on the European Investigation Order and the Grounds for Refusal: A Critical Assessment», *op.cit.* nota 1057, 80.

¹⁰⁶⁹ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Directiva 2014/41/CE*, *op.cit.* nota 134.

¹⁰⁷⁰ *Cfr.* Heard and Mansell, «The European Investigation Order: Changing the Face of Evidence-Gathering in EU Cross-Border Cases», *op.cit.* nota 1013.

¹⁰⁷¹ Sayers, «The European investigation order, travelling without a roadmap», *op.cit.* nota 1030, 11.

dispone que su invocación no deberá realizarse “cuando la autoridad emisora haya dado garantías de que la prueba transferida como resultado de la ejecución de la OEI no se utilizará para enjuiciar o imponer una sanción a una persona cuyo caso haya sido objeto de una resolución final en otro Estado miembro por los mismos hechos”.¹⁰⁷³ La interpretación de esta recomendación contenida en el Considerando 17 de la Directiva no resulta clara, puesto que si los hechos que se alegan para solicitar una OEI han sido ya enjuiciados no resulta evidente a que otros fines puede servir la prueba transferida en relación a los mismos. Y ello puesto que, si se pretende emplear dicha prueba en otro asunto, son los hechos que sustentan este último los que habrían de alegarse en el formulario de solicitud inicial. Por lo que se refiere al principio de territorialidad este aparece de manera sumamente restringida puesto que la autoridad de ejecución solo podrá rechazar una OEI con base en este motivo cuando el delito haya sido cometido completamente fuera del territorio del Estado de la autoridad emisora y parcial o totalmente en el de ejecución siempre y cuando la conducta no sea delito en este último.¹⁰⁷⁴ Es decir, se pretende limitar el ejercicio del poder jurisdiccional extraterritorial de los Estados miembros, solo en aquellos casos en los que obligaría a un Estado a colaborar en la persecución de hechos que entran dentro de su jurisdicción, donde no son objeto de tipificación penal. En caso contrario el Estado de ejecución no podrá rechazar la realización de la práctica de la prueba y su traslado al Estado solicitante, lo que parece ser contrario a la filosofía de otros instrumentos en materia de cooperación penal, y en concreto, a la que caracteriza a la Decisión marco 2009/948/JAI sobre la prevención y resolución de conflictos de jurisdicción penales.¹⁰⁷⁵ En casos como los anteriormente descritos dos Estados pueden encontrarse investigando los mismos hechos y obligados a compartir prueba a través del instrumento de la OEI, en lugar de “realizarse consultas directas entre las autoridades competentes de los Estados miembros con el fin de alcanzar un consenso en torno a una solución eficaz con el fin de

¹⁰⁷² Nos hace notar Bachmaier que la versión inmediatamente anterior a la aprobación del texto de la Directiva incluía como referente para la interpretación de este principio el Convenio de aplicación de Schengen, criterio eliminado en la versión final. La referencia al principio ha de entenderse realizada, por lo tanto a su configuración en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en la amplia jurisprudencia del TJUE al respecto. Cfr. Bachmaier Winter, «Prueba transnacional penal europea: la Directiva 2014/41 relativa a la orden europea de investigación», *op.cit.* nota, 24.

¹⁰⁷³ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo*, *op.cit.* nota, considerando 17.

¹⁰⁷⁴ *Ibid.*, artículo 11.1 letra e.

¹⁰⁷⁵ Consejo de la Unión Europea, *Decisión marco 2009/948/JAI del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales*, DO L 328, de 15 de diciembre de 2009, pág. 42–47.

evitar las consecuencias adversas que se derivarían de existir procedimientos paralelos, y de evitar una pérdida de tiempo y de recursos a las autoridades competentes de que se trate”.¹⁰⁷⁶

Dentro de las causas de denegación de la ejecución de una OEI merece mención especial la contenida en el artículo 11.1 letra f. Se trata de la cláusula de protección de los derechos humanos que permite rechazar la cooperación “cuando existan motivos fundados para creer que la ejecución de la medida de investigación indicada en la OEI sería incompatible con las obligaciones del Estado miembro de ejecución de conformidad con el artículo 6 del TUE y de la Carta”¹⁰⁷⁷ Este motivo substituye a las consideraciones que tradicionalmente podían encontrarse en el preámbulo de los instrumentos europeos de cooperación judicial en materia penal y que hacía referencia a la protección de los derechos y libertades fundamentales y las obligaciones de los Estados miembros en esta materia.¹⁰⁷⁸ El respeto de los derechos fundamentales aparece ya por lo tanto como una excepción al principio de reconocimiento mutuo, que permite a las autoridades de ejecución retener una parte del control del que disponían en el modelo tradicional de cooperación. Para algunos autores esta inclusión responde a una serie de decisiones del TEDH y del TJUE en relación a la aplicación y funcionamiento del principio de reconocimiento mutuo en el sector del asilo.¹⁰⁷⁹ Lo cierto es que la incorporación de esta cláusula y la desaparición de la cláusula genérica de orden público pueden ser entendidas como una codificación del denominado orden público europeo.¹⁰⁸⁰ Una versión limitada de los poderes de control que esta cláusula conllevaba en el modelo tradicional y que actúa como excepción a la regla general de confianza y ejecución, siendo por lo tanto de interpretación restringida por parte de los Estados miembros.¹⁰⁸¹ Como consecuencia de los amplios debates en torno al significado y alcance del orden público en el contexto de la cooperación judicial en la UE, el legislador europeo habría decidido incorporar una referencia más acorde con este nuevo

¹⁰⁷⁶ *Ibid.*, considerando 4.

¹⁰⁷⁷ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo*, *op.cit.* nota, artículo 11. 1 letra f.

¹⁰⁷⁸ Consejo de la Unión Europea, *Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo de 13 de junio de 2002*, *op.cit.* nota, considerando 12; Consejo de la Unión Europea, *Decisión marco 2003/577/JAI del Consejo*, *op.cit.* nota 249, considerando 6; Consejo de la Unión Europea, *Decisión Marco 2008/978/JAI*, *op.cit.* nota 133, considerando 27.

¹⁰⁷⁹ M. Fazekas y E. Nanopoulos, «The Effectiveness of EU Law: Insights from the EU Legal Framework on Asset Confiscation», *European journal of crime, criminal law and criminal justice* 24 24 (2016): 39-64.

¹⁰⁸⁰ Bachmaier Winter, «Prueba transnacional penal europea: la Directiva 2014/41 relativa a la orden europea de investigación», 25.

¹⁰⁸¹ En este sentido *vid. supra*, capítulo 3, apartado I.

modelo. Sin embargo la falta de armonización de los derechos fundamentales, especialmente en relación a las garantías procesales puede continuar generando problemas “porque las autoridades acaben haciendo una interpretación extensiva de las causas de rechazo de las solicitudes de reconocimiento de resoluciones”.¹⁰⁸² La Unión Europea ha intentado realizar este proceso de armonización,¹⁰⁸³ en especial en lo que se refiere a las garantías que pueden tener un impacto directo en la obtención de prueba,¹⁰⁸⁴ sin embargo la eficiencia de estos textos ha sido limitada, en parte como consecuencia de la falta de sanciones procesales para el incumplimiento.¹⁰⁸⁵

Por último, la Directiva por la que se crea la OEI contiene dos motivos de denegación de la ejecución que tienen la particularidad de aplicarse solo a un tipo de medidas de investigación. Se trata de los motivos contenidos en las letras g y h del artículo 11¹⁰⁸⁶ y cuya aplicación no es posible en relación al listado de medidas contenida en el artículo 10.2 puesto que estas habrán de estar previstas en todos los Estados miembros.¹⁰⁸⁷ El primero de estos motivos contiene la cláusula relativa a la doble tipificación en la que se repite el modelo empleado por la OEDE, incluyéndose un listado de 32 delitos para los cuales no puede alegarse esta causa siempre y cuando estén penados en el Estado de emisión con una pena privativa de libertad máxima de al menos tres años.¹⁰⁸⁸ Es la segunda de las causas la que genera mayores problemas de compatibilidad con otras disposiciones de la Directiva. Se trata de la posibilidad de rechazar el reconocimiento y ejecución de una OEI en aquellos supuestos en los que el

¹⁰⁸² De Hoyos Sancho, «El principio de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea: ¿Asimilación automática o corresponsabilidad?», *op.cit.* nota, 825.

Sayers, «The European investigation order, travelling without a roadmap.», *op.cit.* nota 1030.

¹⁰⁸³ Sobre la armonización de garantías procesales en el modelo europeo de cooperación judicial *vid. supra*.

¹⁰⁸⁴ Cfr. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo 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 de 2012, pág. 1/10; *ibid.*, *Directiva 2013/48/UE Del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2013*, *op.cit.* nota 333; *ibid.*, *Directiva (UE) 2016/343*, *op.cit.* nota 149; *ibid.*, *Directiva (UE) 2016/800 del Parlamento y del Consejo Europeo de 11 de mayo de 2016 relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales*, DO L-132, de 21 de mayo de 2016, pág. 1–20.

¹⁰⁸⁵ M. Caianiello, «To sanction (or not to sanction) procedural flaws at the EU level? A step forward in the creation of an EU Criminal process», *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 22 (2014): 317-29.

¹⁰⁸⁶ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo*, *op.cit.* nota, artículo 11 letras g y h.

¹⁰⁸⁷ *Ibid.*, artículo 10.2.

¹⁰⁸⁸ La redacción de este artículo 11.1 letra g representa una muestra del duro proceso de negociación para la adopción de este instrumento y de cierta falta de calidad en la técnica legislativa que ha sido indicada por diversos autores con carácter general. (inter. alia., Sayers, “The European Investigation Order, Travelling without a Roadmap”, *op.cit.* nota 1030) Así, la complejidad en la redacción de este apartado, hace que una interpretación literal permita entender que el requisito de una pena máxima de al menos 3 años hace referencia, no al listado de delitos contenidos en el Anexo D, sino a la conducta no constitutiva de delito fuera de dicho listado, generando una interpretación diametralmente opuesta a la pretendida por el legisladora. Esta posible lectura literal ha sido comprobada, a efectos de esta nota, en las versiones en español, inglés, francés e italiano.

uso de la medida que se solicita “esté limitado, con arreglo al Derecho del Estado de ejecución, a una lista o categoría de delitos, o a delitos castigados con penas de a partir de un determinado umbral que no alcance el delito a que se refiere la OEI”.¹⁰⁸⁹ la realidad es que esta posibilidad podría considerarse incluida en la posibilidad que prevé el artículo 1.1 letra a de substituir la medida cuando esta no esté prevista para un caso interno similar, y a no realizar la cooperación cuando una medida substitutoria no está disponible. Sin embargo, la inclusión de esta referencia concreta hace que, en los supuestos en los que el problema se derive de la relación entre la medida y el delito, no haya de buscarse una medida alternativa, sino que se permite la denegación directa.¹⁰⁹⁰ Especialmente teniendo en cuenta que, tanto para este motivo de denegación como para el supuesto de doble tipicidad, no se aplica la regla general que exige que, para poder adoptar la decisión de rechazo se realice una consulta previa a la autoridad de emisión,¹⁰⁹¹ en la línea de comunicación constante entre autoridades que caracteriza todo el instrumento de la OEI.¹⁰⁹²

II.3.3. El papel de la defensa y el sistema de recursos.

Una de las críticas más frecuentes que ha recibido la cooperación judicial en materia penal es la no inclusión de la perspectiva de la defensa. Una perspectiva que tampoco ha sido incorporada por los instrumentos del modelo europeo¹⁰⁹³ y que de nuevo no se encuentra en la OEI.¹⁰⁹⁴ Sin embargo la participación de la defensa es considerada en la mayor parte de Estados miembros como una garantía procesal fundamental, especialmente durante la práctica de la prueba.¹⁰⁹⁵ En el caso de la OEI dos son los momentos cruciales en los que la no mención de la defensa supone un problema desde el punto de vista de la igualdad de armas: i) la solicitud de práctica de prueba a través de

¹⁰⁸⁹ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Directiva 2014/41/CE*, *op.cit.* nota 134, artículo 11.1 letra h.

¹⁰⁹⁰ Bachmaier Winter, «The Proposal for a Directive on the European Investigation Order and the Grounds for Refusal: A Critical Assessment», *op.cit.* nota 1057: 87.

¹⁰⁹¹ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Directiva 2014/41/CE*, *op.cit.* nota 134, artículo 11.4.

¹⁰⁹² Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Directiva 2014/41/CE*, *op.cit.* nota 134.

¹⁰⁹³ S. Swodoba, «The self-perception of the European Court of Justice and its neglect of the defense perspective in its preliminary rulings on judicial cooperation in criminal matters. A small note on a fundamental misunderstanding», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 7-8 (2015): 371-74.

¹⁰⁹⁴ L. Autru Ryolo, «European Investigation Order: The Defence Rights Perspective», en *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe*, ed. S. Ruggeri (Heidelberg/New York/Dordrecht/London: Springer International Publishing, 2014), 107-9.

¹⁰⁹⁵ Mangiaracina, «A New and Controversial Scenario in the Gathering of Evidence at the European Level: The Proposal for a Directive on the European Investigation Order», *op.cit.* nota 974, 121.

una OEI, y ii) la presencia de la defensa en las actuaciones de práctica de la prueba.¹⁰⁹⁶ En relación a la solicitud de la prueba la OEI prevé que esta pueda ser solicitada única y exclusivamente por autoridades del Estado emisor. La solicitud de actuaciones de prueba en el extranjero por parte de la defensa ha de realizarse a través de las posibilidades previstas en cada ordenamiento interno.¹⁰⁹⁷ El legislador europeo ha perdido así la posibilidad de aproximar las legislaciones de los Estados miembros en este aspecto. La insuficiente regulación de los derechos de defensa en la Directiva 2014 se manifiesta también en la no inclusión de la obligación de notificación. En efecto, la solicitud de una OEI no ha de ser notificada a los representantes del interesado o acusado. Los derechos de defensa no han sido tenidos en cuenta igualmente en relación a la práctica de la prueba, para la que se prevé la posibilidad de solicitar que las autoridades emisoras puedan estar presentes,¹⁰⁹⁸ sin que se plantee la misma posibilidad para los abogados de la defensa o los propios investigados.¹⁰⁹⁹ En la práctica dicha presencia requeriría que el investigado sufragase un abogado o representante en el país en el que ha de realizarse la práctica de la prueba para que este pueda estar presente, lo que podría suponer una carga excesiva, que desequilibra la balanza de la igualdad de armas en favor de la administración de justicia. Parece por lo tanto que la OEI responde a la idea de la libre circulación de prueba acusatoria mientras que la situación de la defensa se mantiene limitada por el principio de soberanía nacional de la administración de justicia.

Otro de los puntos débiles de la OEI en relación a la protección de los derechos de los individuos es el relativo a los recursos disponibles para los interesados. El artículo 14 de la Directiva dispone que, con carácter general, los Estados han de garantizar que las vías de recurso disponibles para las medidas adoptadas a través de una OEI sea equivalentes a aquellas existentes en un caso interno similar.¹¹⁰⁰ Ahora bien, en esta fase de recurso, el papel concedido a la autoridad judicial emisora y a la autoridad de ejecución es fundamentalmente diverso. Así, de acuerdo con el modelo europeo y su previsión de que la responsabilidad en el control de una medida recae en manos de la autoridad que emite una resolución, en caso de pretender impugnar la adopción de una

¹⁰⁹⁶ Sayers, «The European investigation order, travelling without a roadmap», *op.cit.* nota 1030: 20.

¹⁰⁹⁷ Belfiore, «Critical Remarks on the Proposal for a European Investigation Order and Some Considerations on the Issue of Mutual Admissibility of Evidence», *op.cit.* nota 972, 101.

¹⁰⁹⁸ *Vid. supra.*

¹⁰⁹⁹ Mangiaracina, «A New and Controversial Scenario in the Gathering of Evidence at the European Level: The Proposal for a Directive on the European Investigation Order», *op.cit.* nota 974, 121.

¹¹⁰⁰ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, Directiva 2014/41/CE, *op.cit.* nota 134, artículo 14.1.

medida por motivos de fondo el recurso habrá de presentarse ante la autoridad de emisión de una OEI.¹¹⁰¹ Para algunos autores esto supone un problema puesto que los afectados que no residen en el Estado de emisión habrán de dirigirse a él para interponer un recurso, con el consiguiente aumento de las dificultades y gastos para obtener justicia.¹¹⁰² Sin embargo, es difícil afirmar que este problema sea consecuencia del uso de una OEI, o de instrumentos de cooperación judicial en general, puesto que, en caso de que la práctica de la prueba en un determinado caso no hubiese de realizarse en el extranjero, sino en el Estado del foro, la situación sería la misma respecto del ciudadano residente en otro Estado. Las dificultades se derivan de la propia existencia de una investigación en otro Estado miembro y a este respecto la Unión Europea ha procedido a aproximar las legislaciones de los Estados miembros en materia de derechos y garantías procesales.¹¹⁰³ En el contexto de la OEI en cambio, resulta de gran importancia para asegurar el respeto de los derechos individuales, la correcta gestión de la información que se proporcione a los interesados en relación a las vías de recurso que tienen disponibles, precisamente porque estas pueden encontrarse en otro Estado miembro. La regulación de este extremo en la Directiva 2014/41 no es tan clara como cabría esperar de un elemento de tanta importancia. El artículo 14.3 dispone que “Si ello no socava la confidencialidad de una investigación, como dispone el artículo 19, apartado 1, las autoridades de emisión y de ejecución tomarán, las medidas necesarias para velar por que se facilite información sobre las posibilidades, de conformidad con el Derecho nacional, de emprender las vías de recurso cuando estas sean aplicables y en tiempo oportuno para permitir su ejercicio efectivo”.¹¹⁰⁴ De este texto no puede extraerse una interpretación definitiva sobre a qué autoridad compete proveer información sobre las vías de recurso ni en qué momento procesal. Una correcta protección de los derechos de los interesados exigiría que estos fuesen informados antes de que la prueba fuese práctica, si es posible, o bien inmediatamente después de que esta haya sido obtenida y transferida o asegurada,¹¹⁰⁵ mientras que la Directiva exige solo que las vías de recursos puedan ser todavía ejercidas de manera efectiva como requisito, lo que puede generar situaciones de indefensión como consecuencia de las

¹¹⁰¹ *Ibid.*, artículo 14.2.

¹¹⁰² A. Arena, «The Rules on Legal Remedies: Legal Lacunas and Risks for Individual Rights», en *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe*, ed. S. Ruggeri (Heidelberg/New York/Dordrecht/London: Springer International Publishing, 2014), 113.

¹¹⁰³ *Vid. supra.*

¹¹⁰⁴ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Directiva 2014/41/CE*, *op.cit.* nota 134, artículo 14.3.

¹¹⁰⁵ Arena, «The Rules on Legal Remedies: Legal Lacunas and Risks for Individual Rights», *op.cit.* nota 1102, 114.

diferencias existentes en la relación de las vías de recurso en cada uno de los Estados miembros.¹¹⁰⁶

III. Conclusiones.

La aplicación del modelo europeo de cooperación judicial al ámbito penal se encuentra actualmente en un Estado de desarrollo muy avanzado que, sin embargo, sigue planteando importantes dificultades. El legislador europeo ha intentado aplicar en los instrumentos más recientes algunas de las lecciones aprendidas en el caso de instrumentos anteriores como por ejemplo la OEDE. Sin embargo, dos problemas persisten en este sector de la justicia penal.

El primero de ellos hace referencia a la problemática en relación a la admisibilidad de la prueba cuando esta ha sido obtenida en el territorio y por las autoridades de un Estado distinto de aquel en el que se sustenta el procedimiento. En este sentido resulta fundamental la adopción, en relación a la obtención de pruebas, del principio de *lex fori* en relación a la práctica de prueba. A pesar de que esta medida puede resultar de gran ayuda en relación a la admisibilidad, puede generar importantes problemas a la hora de que autoridades de un Estado haya de aplicar medidas de prueba desconocidas en su ordenamiento, garantizando además su correcta implementación para evitar afectar a dicha admisibilidad. El legislador europeo, sin embargo, parece insistir en esta idea y así, en el caso de la Orden europea de investigación prevé que el Estado de realización de práctica de la prueba pueda permitir que autoridades de otro Estado ejerzan poderes coercitivos en el suyo, cuando esto sea necesario para el correcto desarrollo de la práctica con el fin de asegurar su utilidad en el procedimiento de origen.

El segundo de los problemas que persisten en la aplicación del modelo europeo de cooperación judicial en el ámbito penal es el de la protección de los derechos del investigado o acusado y el equilibrio entre estos y el interés del Estado en la persecución de las actividades criminales. En efecto, una de las críticas habituales a los instrumentos europeos de cooperación judicial en materia penal es la falta de inclusión de la perspectiva de la defensa. La Orden Europea de investigación no es una excepción a esta regla. en concreto dos son los elementos que han generado mayores quejas: la imposibilidad de que la defensa pueda solicitar una OEI al margen de los

¹¹⁰⁶ M. Kusak, «Crime's victim and the procedure of executing the freezing and the European Investigation Order», en *Improving protection of victim's rights: access to legal idea*, ed. P. Wilinski y P. Karlik (Poznan: Adam Mickiewicz University, 2014), 231-38.

procedimientos establecidos en el Derecho interno del Estado del foro, y la no inclusión de la posibilidad de que la defensa pueda estar presente en la práctica de la prueba en el Estado extranjero.

Esta deficiencia en la protección de los derechos y libertades fundamentales del acusado ha sido una de las áreas problemáticas desde el instrumento de la OEDT. Consciente de las preocupaciones que muchos Estados miembros manifestaron en este sentido, el legislador europeo ha promovido la adopción de instrumentos en este ámbito como es el caso de la Directiva en materia de presunción de inocencia y derecho a ser oído. Procediendo así a acercar las legislaciones nacionales en relación a las garantías procesales. A mayores, puede identificarse una tendencia a la incorporación de un tratamiento más generalizado de la problemática entorno al ejercicio de la actividad jurisdiccional en materia penal incorporándose, por ejemplo, la perspectiva de las víctimas de delitos y su protección transnacional.

CONCLUSIONES

I. El modelo europeo de cooperación judicial.

En el contexto de la Unión Europea, los desarrollos en materia de justicia han dado lugar a la aparición de un nuevo modelo de cooperación judicial. Un nuevo modelo cuyo concepto se amplía en relación a la concepción del mismo en el ámbito del derecho internacional tradicional. En este último, el concepto de cooperación judicial internacional, se limitaba a englobar aquellas actividades que implican la necesidad, para las autoridades judiciales de un Estado, de recurrir a la ayuda de autoridades equivalente en otro país, para poder realizar actividades relacionadas con el inicio de un proceso judicial, como es el caso de la notificación de documentos judiciales, o la instrucción del mismo, como lo que se refiere a la práctica de la prueba en el territorio de otro Estado. El concepto europeo de cooperación judicial incorpora ahora un espectro mucho más amplio de cuestiones relativas a los procesos de justicia con dimensión transnacional. Así, se incluyen ahora disposiciones en materia de competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de decisiones o acceso a los beneficios de la justicia gratuita. En este sentido, el campo de la cooperación judicial, en su conceptualización en el modelo europeo, puede definirse como referido a cualquier situación en la que, para que los ciudadanos puedan obtener la tutela judicial de sus derechos, es necesaria la participación de las autoridades judiciales de dos o más Estados miembros.

En efecto, la tutela judicial efectiva constituye el elemento clave del modelo europeo de cooperación judicial puesto que actúa como fundamento del mismo. En el caso de las relaciones entre autoridades europeas, la cooperación en materia de justicia no se considera ya asociada a la idea de cortesía internacional, desde una perspectiva de soberanía nacional en el ejercicio del poder jurisdiccional, como ocurría en el modelo tradicional. Por el contrario, en el marco europeo, existe ya una obligación concreta de cooperación, que se deriva de la tutela judicial entendida como derecho perteneciente a la esfera jurídica de la ciudadanía europea. La obligación de colaborar se desprende de la exigencia de que la tutela judicial sea protegida, no como derecho contenidos en las Constituciones y ordenamientos jurídicos nacionales, sino en su dimensión europea y por lo tanto, referida al conjunto del territorio de la Unión.

Este modelo europeo de cooperación judicial ha sido construido sobre los principios de reconocimiento mutuo y confianza mutua. En ambos casos el origen de estos principios ha de buscarse en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Se trata de una estructura jurídica que surge en el marco del proceso de integración económica de los mercados europeos y que, como consecuencia de su éxito, ha sido extendida por las instituciones europeas a otros ámbitos como, en este caso, al de la integración en materia de justicia. A pesar de que tradicionalmente se ha empleado el calificativo de principio para referirse a estos dos conceptos, lo cierto es que la identificación de su naturaleza jurídica no es una cuestión que pueda considerarse definitivamente resuelta. El reconocimiento mutuo, tal y como ha sido configurado y aplicado, el reconocimiento mutuo puede considerarse incluido en el concepto que ha sido desarrollado, tanto la literatura en materia de teoría de los principio jurídicos, como la relativa al papel de estos en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea. Sin embargo, se trata de un principio de carácter pragmático cuyo objetivo fundamental es el de asegurar el correcto funcionamiento del modelo político-ideológico europeo en la materia. En relación al extensivo uso del término reconocimiento mutuo por el legislador europeo y la doctrina es importante tener en cuenta que la dimensión del mismo como principio tiene que ser diferenciada del reconocimiento mutuo de decisiones judiciales, entendido como parte integrante del objeto de la cooperación judicial. En esta segunda dimensión el reconocimiento mutuo implica la eliminación progresiva de los procedimientos intermedios que tradicionalmente existen en los ordenamientos nacionales para tramitar la concesión de eficacia a una decisión judicial procedente de otro Estado. A pesar de que el objetivo relativo a la eliminación de estos procedimientos de exequátur ha sido considerado como un elemento sustancial del proceso de integración en materia de justicia desde sus orígenes, lo cierto es que no puede considerarse alcanzado, ni en el ámbito de la justicia civil ni en el caso de la justicia en materia penal. Y ello porque el tratamiento dado a esta cuestión en los distintos instrumentos adoptados en la materia está marcado por una cierta falta de coherencia y por la oposición de los Estados a perder sus poderes de control formal y material en cuanto a la decisión extranjera que sus autoridades tienen que reconocer.

Este carácter automático en la respuesta a las solicitudes de cooperación, como consecuencia de la obligación derivada de la tutela judicial europea, y la eliminación de los procedimientos intermedios de recepción de decisiones extranjeras se fundamentan en el principio de confianza mutua. Se trata de la idea de que los Estados miembros y

por lo tanto sus autoridades judiciales, se profesan mutuamente un alto nivel de confianza. Un nivel derivado de la pertenencia a un proyecto común que exige a todos sus miembros el respeto de los principios democráticos de un Estado de derecho. El Tribunal de Justicia de la UE ha convertido esta idea de confianza en un principio jurídico, de tipo axiológico, un ideal en el que se fundamenta todo el sistema de cooperación judicial. El alcance de esta confianza recíproca entre los Estados miembros de la Unión es doble. En primer lugar, se trata de confiar en que el ordenamiento jurídico de los demás países contiene un nivel de respeto por los principios democráticos y los derechos fundamentales que es equivalente al del propio país. Esta exigencia no requiere por lo tanto la uniformidad del contenido de la legislación de cada Estado sino simplemente una confianza en que el resultado será el mismo desde esta perspectiva. La segunda dimensión del principio de confianza mutua es la que se refiere a la aplicación del ordenamiento jurídico por parte de las instituciones competentes. Para la correcta aplicación del principio mutuo no es suficiente con confiar en la corrección del contenido del derecho de un Estado, sino que resulta necesario además que dicho contenido sea aplicado de manera adecuada y respetuosa con los derechos de los ciudadanos. El modelo europeo se construyó por lo tanto sobre la presunción *iuris tantum* de que dicha confianza era una realidad. Sin embargo, especialmente en los últimos años, se ha demostrado que dicha confianza es mucho más débil de lo que reflejaban las expectativas de las instituciones europeas.

II. Los avances del modelo europeo de cooperación judicial.

El modelo europeo de cooperación judicial ha introducido, en las relaciones de justicia entre los Estados miembros, una serie de avances respecto del modelo tradicional de cooperación entre Estados basado en la soberanía nacional. Entre ellos resulta especialmente relevante:

1. El primero de estos avances es la **superación del debate en torno a la obligatoriedad de la cooperación judicial internacional** en el contexto de las relaciones entre las autoridades judiciales europeas. En el contexto de la Unión Europea la pregunta en torno a la existencia de un deber jurídico de cooperación ha sido superada. En el contexto de la Unión, el fundamento de la obligación de cooperar en materia de justicia no se deriva de la cortesía internacional entre Estados soberanos, sino que se encuentra en los tratados constitutivos y la Carta de

Derechos fundamentales de la UE.¹¹⁰⁷ En este sentido el concepto de ciudadanía europea y el derecho a la tutela judicial efectiva exigen a los Estados miembros la adopción de instrumentos que garanticen la buena administración de justicia a nivel europeo. Para la adopción de dichos instrumentos, los Estados miembros han realizado una cesión de soberanía a favor de la Unión Europea, de modo que en las relaciones internas entre ellos, la aplicación de la legislación europea ha de considerarse como el cumplimiento de dicha obligación. Este cambio en el fundamento de la cooperación judicial internacional tiene además un impacto directo en el modelo europeo en relación a la limitación de las causas de rechazo de las actividades concretas de cooperación. En efecto, el modelo europeo de cooperación judicial presenta como característica una reducción generalizada de las posibilidades de denegación o rechazo de las solicitudes de colaboración, así como la obligación de proveer una justificación y motivación de dicho rechazo en caso de que se produzca. En relación a esta cuestión, los Estados miembros han mostrado ciertas reticencias, especialmente en relación a la eliminación de ciertos motivos de denegación que siempre habían estado presentes en los instrumentos internacionales tanto bilaterales como multilaterales. Un ejemplo significativo sobre este aspecto lo constituye el de la doble tipicidad en el caso de los instrumentos en materia de justicia penal. La eliminación del control de la doble tipicidad en instrumentos como la OEDE o el OEI responde a la idea de que, para determinados tipos delictuales, los Estados miembros están obligados a contener en sus ordenamientos penales la penalización de este tipo de conductas, como consecuencia de su gravedad y de su impacto generalizado sobre la sociedad a nivel europeo, y no simplemente nacional.¹¹⁰⁸

2. Una de las aportaciones características aportadas por el modelo europeo de cooperación judicial es la introducción del **contacto directo entre autoridades judiciales competentes como regla general**. Las autoridades competentes han sido convertidas, en el modelo europeo de cooperación judicial, en los actores fundamentales, substituyendo así a las autoridades centrales de los Estados miembros. La tendencia a permitir que las autoridades competentes en el caso

¹¹⁰⁷ Unión Europea, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *op.cit.* nota 108.

¹¹⁰⁸ Así ocurre en el caso de los delitos contenidos en el artículo 2.2. de la *Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo*, *op.cit.* nota 137; y en el anexo D de la Directiva del Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, 2014/41/CE, *op.cit.* nota 134.

concreto puedan emitir, recibir y ejecutar solicitudes de cooperación judicial puede considerarse como global en el contexto internacional de la cooperación judicial. Sin embargo, en el caso de la Unión Europea, la estructura y las características del ordenamiento jurídico hacen que esta realidad se manifieste de manera más intensa. En efecto, en el ordenamiento europeo, el juez nacional se convierte en el juez europeo, en la autoridad responsable de la correcta aplicación del derecho elaborado a nivel supranacional. De este modo el modelo europeo de cooperación judicial se aleja de las instituciones políticas de los Estados para situarse en la esfera de la administración de justicia. Este avance resulta especialmente importante en relación a instrumentos como la OEDE que substituye al procedimiento tradicional de extradición caracterizado por la importante intervención de las autoridades ejecutivas. En este sentido, el modelo europeo ha procedido a la judicialización del procedimiento de detención y entrega transnacional de individuos en el contexto de los procedimientos penales. En relación al contacto directo entre autoridades este presenta una segunda dimensión derivada de la elección de la confianza mutua como principio axiológico del modelo europeo. Así, el desarrollo de dicha confianza exige que las autoridades concretas puedan conocer los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados miembros y mantener contacto de forma habitual con autoridades de otros Estados miembros. Las instituciones europeas son conscientes de esta necesidad, y en el intento de ayudar al desarrollo de una verdadera cultura judicial europea, han dado prioridad a la creación de programas de intercambio y formación dedicados a las autoridades competentes, tanto en lo que se refiere al conocimiento de la legislación y los instrumentos disponibles en el nivel europeo, sino también en los distintos sistemas nacionales.

3. La introducción de la dimensión del justiciable como interés al que responde la necesidad de establecer instrumentos de cooperación judicial es uno de los avances más relevantes del modelo europeo. El Programa de Estocolmo¹¹⁰⁹ recogía ya la prioridad política que suponía para la Unión la protección del ciudadano europeo al titularse “Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano”. Esta centralidad del ciudadano se deriva del hecho de que, en el contexto de la UE, la cooperación judicial deja de ser vista como un problema jurídico puramente entre

¹¹⁰⁹ Consejo Europeo, Programa de Estocolmo, *op.cit.* nota 68.

Estados, y se convierte en un derecho de los propios ciudadanos. La introducción de la dimensión del justiciable en la UE se produce en el marco de la evolución desde la idea del mercado interior hacia el paradigma que afirma que la libertad de circulación de las personas ha de venir acompañada de una libre circulación de la justicia. En consecuencia, la figura del justiciable aparece ya en los instrumentos concretos de cooperación, teniendo en cuenta las distintas posiciones que este puede adoptar en un procedimiento judicial. En relación a la posición de actor de un individuo, o bien cuando ha de responder ante los tribunales de un Estado miembro distinto del suyo se ha prestado especial atención al acceso a la justicia en materia civil a través de la adopción de la Directiva 2003/8/CE¹¹¹⁰ que establece una serie de reglas mínimas que los Estados han de garantizar. Por lo que se refiere a la justicia penal cabe señalar que esta preocupación se ha manifestado especialmente a través de la introducción de mecanismos de protección del individuo como víctima de un delito. Así, se han adoptado diversos actos de distinta naturaleza en la materia: la Directiva sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos,¹¹¹¹ la Directiva 2004/80/CE del Consejo de 29 de abril de 2004 sobre indemnización a las víctimas de delitos¹¹¹² o la Decisión marco sobre el estatuto de la víctima en el proceso penal.¹¹¹³ Es importante tener en cuenta que, en el ámbito penal, la víctima es sólo uno de los justiciables. Por ello, la UE ha tenido en cuenta también la figura del acusado penal como se refleja en la propuesta de Directiva sobre el derecho de acceso a un abogado y el derecho de comunicación.¹¹¹⁴

4. El modelo europeo de cooperación judicial ha avanzado en los últimos años hacia la **creación de procedimientos judiciales europeos**. Se trata de una aproximación novedosa a la cooperación judicial internacional que implica la armonización de ciertos aspectos del derecho procesal nacional. Las autoridades europeas son conscientes de la existencia de ciertas limitaciones en el modelo europeo de cooperación derivadas de las diferencias en los ordenamientos y organizaciones judiciales de cada Estado miembro. Por ese motivo han procedido, en determinados sectores concretos, identificados como clave, a introducir

¹¹¹⁰ Consejo de la Unión Europea, *Directiva 2003/8/CE*, *op.cit.* nota 102.

¹¹¹¹ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Directiva 2012/29/UE*, *op.cit.* nota 146.

¹¹¹² Consejo de la Unión Europea, *Directiva 2004/80/CE Del Consejo*, *op.cit.* nota 148.

¹¹¹³ Consejo de la Unión Europea, *Decisión Marco 2001/220/JAI Del Consejo*, *op.cit.* nota 146.

¹¹¹⁴ Parlamento Europeo y Consejo Europeo, *COM(2011) 326 final, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el derecho de acceso a un abogado en los procesos penales y el derecho de comunicación en el momento de la detención*.

procedimientos europeos que se facilitan al ciudadano un título ejecutivo europeo. Se trata de un paso más en el proceso de implementación de un modelo europeo en el sector de la administración de justicia que supone la adopción de un modelo procesal propio y común para todos los Estados miembros. Dichos procedimientos se caracterizan, por lo tanto, por la ausencia de exequátur. La motivación de los procedimientos intermedios responde a la idea de que, puesto que el procedimiento seguido para su adopción ha sido armonizado, no cabe alegar motivos, ni siquiera de tipo procesal, ante un potencial reconocimiento y ejecución en el territorio de otro Estado miembro. El objetivo fundamental de este tipo de procedimiento europeo es el de mejorar el acceso de los ciudadanos a la justicia, y aumentar la eficacia en la obtención de tutela en términos de eliminación de obstáculos y reducción de costes, en los supuestos transnacionales.

III. Los retos del modelo europeo de cooperación judicial.

El modelo europeo de cooperación judicial sigue planteando actualmente una serie de retos que pueden resumirse en la necesidad de encontrar el equilibrio entre los intereses de todas las partes involucradas con el objetivo de garantizar la tutela judicial europea. Esto exige:

- 1. Alcanzar un nivel de aproximación o conocimiento entre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y entre autoridades judiciales,** que permita el desarrollo de una auténtica confianza mutua. Solo así es posible obtener, a través de la aplicación del principio de reconocimiento mutuo, un auténtico espacio de justicia europeo en el que los ciudadanos puedan verdaderamente ejercer sus derechos con independencia del Estado miembro en el que se encuentren, y sobre todo, con independencia de que dicho ejercicio requiera la participación de autoridades judiciales de más de uno. Abordar este reto exige realizar una labor de clarificación de la estructura del modelo europeo de cooperación judicial y de la interrelación entre sus elementos. En efecto, confianza, reconocimiento y armonización son términos presentes en el modelo europeo de cooperación judicial desde sus orígenes pero la interrelación entre ellos se encuentra en una fase de redefinición. Así, si bien en un principio la armonización o aproximación entre legislaciones de los Estados miembros era considerada por las instituciones europeas como un mecanismo de avance en materia de justicia alternativo al de la

aplicación del principio de reconocimiento mutuo basado en la confianza entre Estados. Sin embargo, en el discurso de las autoridades europeas y el contenido de algunos de los instrumentos más recientes la armonización de legislaciones comienza a aparecer como complemento de la confianza en el modelo europeo. A pesar de que un cierto nivel de confianza mínimo parece necesario para poder hablar de un sistema europeo de justicia, la aproximación de las legislaciones, especialmente en lo que se refiere a la adopción de estándares y definiciones mínimas relativos a los derechos, fundamentalmente procesales de las personas involucradas, adquiere una relevancia cada vez mayor para alcanzar un ambiente de confianza satisfactorio en el que el reconocimiento mutuo pudiese alcanzar todo su potencial.

2. Garantizar la protección de los derechos y libertades de todos los involucrados en un procedimiento transfronterizo dentro de la Unión Europea. Actualmente no puede afirmarse que sea así. La adaptación del principio de reconocimiento mutuo desde el mercado interior se ha hecho de manera inadecuada para un sector como el de justicia. A pesar de que el sistema de transferencia de la responsabilidad en el control de la protección de los derechos, -desde las autoridades del Estado requerido a las autoridades del Estado de origen- ha sido aceptado por el TEDH la experiencia en la aplicación de instrumentos como la OJED demuestra que los Estados miembros siguen manteniendo un alto grado de preocupación en relación a esta cuestión. Es necesario, por lo tanto, proceder a actualizar el paradigma económico de los principios de reconocimiento y confianza mutua, sin que esto signifique descartar las características propias del modelo europeo de cooperación judicial. Para proceder a realizar dicho cambio resulta relevante que el foco de los futuros desarrollos en el sector de la justicia se ponga en la tutela judicial efectiva y los ciudadanos en su conjunto, así como que el ciudadano sea tenido en cuenta de manera equilibrada.

En lo que se refiere a la cooperación judicial en materia civil, esto requiere que el ciudadano sea visto en todas sus dimensiones, es decir, como actor pero también como demandado, incorporando medidas de corrección para aquellas situaciones de especial vulnerabilidad, pero respetando la igualdad de derechos de ambas partes. Esto requiere avanzar hacia la mejora de la regulación europea relativa al momento procesal de la ejecución, puesto que se trata de uno de los elementos clave para garantizar que la tutela judicial es efectiva y surte el efecto deseado. Actualmente el

modelo europeo de cooperación judicial deja la fase de ejecución en manos del derecho interno de cada Estado miembro. Gran parte de las posibilidades que tienen los ciudadanos de ver sus derechos protegidos depende por lo tanto de los ordenamientos jurídicos nacionales. En muchas ocasiones la justificación ofrecida, por el legislador europeo para esta remisión a los derechos internos, se fundamenta en la necesidad de proteger los derechos de alguna de las partes involucradas. Sin embargo, la armonización generalizada de las garantías procesales debería ser suficiente para evitar este tipo de excepciones a la aplicación del modelo europeo de cooperación. Este es el caso de la regulación de las medidas cautelares adoptadas in audita parte en el Reglamento Bruselas IIbis. Estas se encuentran, con carácter general, excluidas del régimen europeo de libre circulación de resoluciones judiciales. Sin embargo, este tipo de medidas existen, con mayor o menor amplitud, en los ordenamientos jurídicos de todos los Estados miembros, de modo que la armonización de las garantías procesales del deudor debería ser suficiente para permitir el reconocimiento de este tipo de decisiones. Así lo ha considerado el legislador al permitir dicha circulación para aquellas decisiones en las que se haya notificado al deudor con anterioridad a su ejecución, teniendo en cuenta que la notificación de documentos judiciales ha sido armonizada por el Reglamento 1393/2007.¹¹¹⁵

En el caso de la cooperación judicial en el ámbito penal es necesario que los avances en la materia se basen en la idea de protección o tutela del conjunto de la sociedad pero también de los derechos de las víctimas, superando la justificación basada en la lucha contra una criminalidad que aumenta y se hace más fuerte como consecuencia de la integración europea y la supresión de fronteras. Resulta fundamental en este caso proceder a igualar, en lo posible, la posición del acusado o investigado con la de las autoridades judiciales, en la misma medida en la que lo estén en los derechos internos de los Estados miembros. El reto en este sector se encuentra por lo tanto en la necesidad de avanzar en la definición de un mínimo común denominador en relación a las garantías procesales del acusado. Se trata ya de uno de los campos en los que, junto a la definición de criterios armonizados para la definición de tipos penales, la Unión Europea ha identificado ya la necesidad de armonización. La definición de tipos delictivos comunes resulta útil, especialmente

¹¹¹⁵ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Reglamento (CE) n° 1393/2007, op.cit.* nota 100.

en relación a los delitos más graves, relacionados con la criminalidad organizada y que hoy en día se afrontan, no solo a nivel europeo sino internacional. Por lo que se refiere al resto de categorías delictuales dicha armonización no parece resultar sin embargo inevitable puesto que un resultado equivalente y compatible con las tradiciones jurídicas nacionales. Un resultado que requeriría la armonización de las garantías procesales y el establecimiento de criterios claros respecto del principio de territorialidad. De este modo, un ciudadano que se encuentre en un Estado A, a pesar de ser residente o nacional en el Estado B, y comete un delito no podrá beneficiarse del hecho de que en su Estado dicha conducta no sea delito para evitar su traslado a través de una OEDE, a través del motivo de denegación contenido en el artículo 4.1 de la Decisión marco 2002/584/JAI;¹¹¹⁶ o la realización de práctica de prueba a través de una OEI, de acuerdo con el artículo 11.1 letra g de la Directiva 2014/41/CE.¹¹¹⁷ Y ello porque esta solución actual no resulta necesariamente la más acorde con la protección de los derechos, y en concreto de la tutela judicial de la víctima.

3. Compartir buenas prácticas entre el derecho procesal europeo civil y penal, y otros procedimientos de cooperación entre autoridades de distintos Estados miembros en el ejercicio de su poder jurisdiccional. Si el objetivo perseguido es la creación de un espacio único de justicia es fundamental aplicar las buenas prácticas y rechazar las malas transversalmente. Los principios generales del Derecho de la Unión Europea son comunes a todo el ordenamiento supranacional. Por lo tanto, una vez superada la diferenciación en cuanto a la base jurídica y el fundamento de los distintos tipos de cooperación, el mantenimiento de ambas dimensiones como elementos diferenciados carece de justificación. Esta no es sin embargo, la realidad actual. En realidad existe una diferencia fundamental en relación al tratamiento que se da al ciudadano en ambos sectores, derivada en gran medida del origen y del discurso político empleado en el desarrollo de la cooperación en los dos sectores. Así en el caso del derecho penal se afirma que los instrumentos en esta materia son necesarios para combatir la problemática de aumento de la criminalidad generada como consecuencia negativa de la implementación del sistema de libre circulación. En cambio, en el caso de la justicia civil el objetivo es permitir que, las

¹¹¹⁶ Consejo de la Unión Europea, *Decisión Marco 2002/584/JAI*, *op.cit.* nota 137, artículo 4.1.

¹¹¹⁷ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Directiva 2014/41/CE*, *op.cit.* nota 134, artículo 11.1. letra g.

consecuencias positivas de dichas libertades se implementen de manera adecuada sin obstáculos derivados de las limitaciones tradicionales de los sistemas judiciales.

4. Mejorar la capacidad de evaluación y control de la implementación del modelo europeo de cooperación judicial. En el sistema actual, la correcta implementación de la legislación y la jurisprudencia europea es controlada por el juez nacional que se ha convertido, en el modelo europeo, en el principal interlocutor. En consecuencia, el desarrollo de una cultura judicial común europea constituye un reto de gran importancia. La imparcialidad, independencia y protección frente a cualquier injerencia exterior que caracteriza la figura del juez en los Estados derecho puede convertirse en una limitación en este sentido, agravada por las dificultades derivadas de la diversidad lingüística y la falta de conocimiento de los diferentes ordenamientos jurídicos. Las instituciones europeas han desarrollado distintas herramientas que les permiten evaluar la eficiencia, la calidad y la independencia de los sistemas nacionales de justicia, por una parte, y el nivel de implementación de cada instrumento legislativo. La evaluación a nivel europeo, del funcionamiento de la justicia en cada Estado miembro tiene, en teoría la función de aumentar la confianza entre Estados miembros, aunque los resultados negativos obtenidos hasta ahora por algunos países pueden generar un efecto potencialmente contrario al deseado. Si el objetivo es el de fomentar la mejora de los sistemas nacionales de administración de justicia para, de este modo, mejorar la justicia europea de forma global, la publicidad inmediata de los problemas presentes en cada Estado puede contribuir a aumentar la desconfianza entre autoridades, mientras que los procesos de mejora requieren de una mayor cantidad de tiempo para que sus efectos sean visibles. La situación resulta aún más compleja en relación a la capacidad de control de que dispone la UE en este sector que resulta insuficiente. En concreto cabe señalar que dichos poderes de control se manifiestan a nivel político pero tienen poco impacto respecto de las actuaciones concretas de las autoridades judiciales. Así, el procedimiento de infracción y la adopción de recomendaciones para los Estados miembros constituyen el mecanismo más relevante a efectos de control sobre los Estados, sin que ninguno de los dos tenga un impacto directo sobre las autoridades competentes que aplican el modelo europeo de cooperación. Esta limitación se extiende igualmente a las agencias

europeas. con la excepción de Eurojust, que en el ámbito penal tiene una mayor capacidad operativa, y de OLAF, cuya relación con el modelo europeo de cooperación judicial es solo parcial, la UE ha establecido únicamente redes y organismos de colaboración dedicadas a dar apoyo al juez nacional en la aplicación de los instrumentos específicos de cooperación, pero sin ningún tipo de capacidad de control o coercitiva sobre la actuación de este.

El **objetivo final de la implementación del modelo europeo de cooperación judicial** ha de ser que el hecho de que el asunto o litigio contenga elementos que lo conecten con más de un Estado miembro no suponga, a efectos del ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, ni una ventaja ni una desventaja, para los interesados respecto de los procedimientos puramente internos. Solo así será posible que los ciudadanos puedan, siguiendo los objetivos originales marcados en el Consejo de Tampere, “recurrir a los tribunales y a las autoridades de cualquier Estado miembro con la misma facilidad que a los del suyo propio”.¹¹¹⁸ Convirtiendo así, el Espacio europeo de justicia en un Espacio de tutela judicial europea.

¹¹¹⁸ Consejo Europeo, Conclusiones del Consejo de Tampere, *op.cit.* nota 13, párrafo 5.

Bibliografía

- Abarca Junco, A.P., y M. Gómez Jene. «Medidas provisionales y cautelares en materia matrimonial: Cuestiones de competencia judicial internacional.» *Anales de la Facultad de Derecho, Universidad de La Laguna*, Homenaje al Profesor Pérez Voituriez, 2001, 15-32.
- Adam Muñoz, M.D. «La regla “lex fori regit processum”.» *Justicia: revista de derecho procesal*, n.º 3 (2002): 121-43.
- Agencia Europea de Derechos fundamentales. «Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights on the draft Directive regarding the European Investigation Order.» Viena: Agencia Europea de Derechos Fundamentales, 2011.
- Aguilar Calahorra, A., y M. Azpitarte Sánchez. *La dimensión constitucional del principio de primacía*. Cizur Menor, Navarra: Aranzadi, 2015.
- Aldecoa, F., y M. Guinea. *La Europa que viene: el Tratado de Lisboa*. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- Alegre, S., y M. Leaf. «Mutual Recognition in European Judicial Cooperation: A Step Too Far Too Soon? Case Study—the European Arrest Warrant.» *European Law Journal* 10, n.º 2 (marzo de 2004): 200-217. doi:10.1111/j.1468-0386.2004.00212.x.
- Alexy, R. *El concepto y la validez del derecho*. 2ª ed. Barcelona: Gedisa, 2004.
- . «Formal principles: Some replies to critics.» *International journal of constitutional law* 12, n.º 3 (2014): 511-24.
- . «Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad.» *Revista española de derecho constitucional* 31, n.º 91 (2011): 11-29.
- . «On the Structure of Legal Principles.» *Ratio juris: An international journal of jurisprudence and philosophy of law* 13, n.º 3 (2000): 294-304.
- . *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- . *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2010.
- Allegrezza, S. «Collecting Criminal Evidence Across the European Union: The European Investigation Order Between Flexibility and Proportionality.» En *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe*, editado por S. Ruggeri, 51-67. Heidelberg/New York/Dordrecht/London: Springer International Publishing, 2014.
- Alter, K. J., y S. Meunier-Aitsahalia. «Judicial Politics in the European Community: European Integration and the Pathbreaking Cassis de Dijon Decision.» *Comparative Political Studies* 26, n.º 4 (1994): 535-61. doi:10.1177/0010414094026004007.
- Álvarez González, S. «La cooperación judicial internacional en materia civil.» *Dereito: Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela* 10, n.º 1 (2001): 7-32.
- . «Orden público y reconocimiento de resoluciones extranjeras: límites a la valoración del Juez nacional y orden público comunitario.» *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía* 5108 (31 de julio de 2000): 1-4.
- Amoedo Soto, C.A. «La cooperación policial en la Unión Europea: su repercusión en el modelo español de seguridad pública.» *Revista catalana de seguridad pública*, n.º 16 (2006): 43-60.
- Anderson, M., M. Anderson, y J. Apap. «Trust and police co-operation.» En *Police and Justice co-operation and the new European borders*, 35-46. La Haya: Kluwer Law International, 2002.
- Anderson, M., y M. Den Boer, eds. *Policing across national boundaries*. New York: Pinter Publishers, 1994.
- Andrés Sáenz de Santa María, P. «Desarrollos recientes de la eficacia directa de las normas comunitarias.» En *Integración Europea y Poder Judicial*, de M. Zelaia Garagarza, 131-

55. editado por A. Sainz Arnaiz. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 2005.
- Apap, J., y S. Carrera. «Judicial Cooperation in Criminal Matters. European Arrest Warrant, a good testing ground for mutual recognition in the enlarged Europe?», CEPS Policy Brief, n.º 46 (2004).
- Arena, A. «The Rules on Legal Remedies: Legal Lacunas and Risks for Individual Rights.» En *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe*, editado por S. Ruggeri, 111-18. Heidelberg/New York,/Dordrecht,/London: Springer International Publishing, 2014.
- Arenas García, R. «Abolition of Exequatur: Problems and Solutions – Mutual Recognition, Mutual Trust and Recognition of Foreign Judgments: Too Many Words in the Sea.» *Yearbook of Private International Law* 12 (2010): 351-75.
- . *Crisis matrimoniales internacionales: nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español*. De conflicto legum. Estudios de Derecho internacional privado 6. Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, 2004.
- . «Fundamento, condiciones y procedimiento de la asistencia judicial internacional.» En *Cooperación Jurídica Internacional*, editado por S. Álvarez González y J.R. Remacha y Tejada. Colección Escuela Diplomática 5. Madrid: Escuela Diplomática, AEPDIRI, BOE, 2001.
- . «Las medidas provisionales y cautelares en el Reglamento Bruselas I: de la regulación actual a la regulación proyectada.» *La Ley* 3507 (2011): 1-10.
- . «Relaciones entre cooperación de autoridades y reconocimiento.» *AEDIPr* 0 (2000): 231-60.
- Arteaga, F. «La cooperación policial y judicial de la Unión Europea en perspectiva española.» Madrid: Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos, 2004.
- Atienza, M., y J. Ruiz Manero. «Sobre principios y reglas.» *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho* 10 (1991): 101-20.
- Autru Ryolo, L. «European Investigation Order: The Defence Rights Perspective.» En *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe*, editado por S. Ruggeri, 107-9. Heidelberg/New York,/Dordrecht,/London: Springer International Publishing, 2014.
- Bachmaier Winter, L. «European investigation order for obtaining evidence in the criminal proceedings. Study of the proposal for a European directive.» *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 9 (2010): 580-89.
- . «Prueba transnacional penal europea: la Directiva 2014/41 relativa a la orden europea de investigación.» *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 36 (2015).
- . «The Proposal for a Directive on the European Investigation Order and the Grounds for Refusal: A Critical Assessment.» En *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe*, editado por S. Ruggeri, 71-90. Heidelberg/New York,/Dordrecht,/London: Springer International Publishing, 2014.
- Ballin, E.H. «Opening Speech On The Future Of Police And Judicial Cooperation In The European Union.» En *The Future of Police and Judicial Cooperation in the EU*, editado por J. Ouwkerk y C Fijnaut, 17-24. Martinus Nijhoff Publishers, 2010. <http://booksandjournals.brillonline.com/content/books/10.1163/ej.9789004182042.i-414.10>.
- Bantekas, I. «The principle of mutual recognition in EU Criminal law.» *European Law Review* 32, n.º 3 (2007): 365-85.
- Bariatti, S. «La cooperazione giudiziaria in materia civile dal terzo pilastro dell'Unione Europea al Titolo IV del Trattato CE.» *Diritto dell'Unione Europea* 2-3 (2001): 261.
- Bariatti, S., y R. Van Galen. «Study on a new approach to business failure and insolvency – Comparative legal analysis of the Member States' relevant provisions and practices.»

- Comisión Europea, 12 de mayo de 2014.
- Barnard, C. «Introduction to the Issues.» En *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*, 4.^a ed., 3-32. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- . *The Fundamentals of EU Law Revisited Assessing the Impact of the Constitutional Debate*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- Basedow, J. «The Communitarization of the Conflict of Laws under the Treaty of Amsterdam.» *Common Market Law Review* 37, n.º 3 (2000): 687-708.
- Bassiouni, M. C., ed. *International criminal law*. 3.^a ed. Leiden: M. Nijhoff Publishers, 2008.
- Bauer, H., y C. Calliess, eds. *SIPE 4: Constitutional principles in Europe*. Atenas: Sakkoulas, 2008.
- Beaumont, P., y L. Walker. «Recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters in the Brussels I Recast and some lessons from it and the recent Hague Conventions for the Hague Judgments Project.» *Journal of Private International Law* 11, n.º 1 (2015): 31-63.
- Belfiore, R. «Critical Remarks on the Proposal for a European Investigation Order and Some Considerations on the Issue of Mutual Admissibility of Evidence.» En *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe*, editado por S. Ruggeri, 91-105. Heidelberg/New York, Dordrecht/London: Springer International Publishing, 2014.
- Bellido Penadés, R. *La extradición en Derecho Español*. 1.^a ed. Madrid: Civitas, 2001.
- Benbasat, Izak, David Gefen, y Paul A. Pavlou. «Special Issue: Trust in Online Environments.» *Journal of Management Information Systems* 24, n.º 4 (1 de abril de 2008): 5-11. doi:10.2753/MIS0742-1222240400.
- Benyon, J. «Policing the European Union: the changing basis of cooperation on law enforcement.» *International Affairs* 70, n.º 3 (1994): 497-517.
- Bergel, J-L., J-Y. Cherot, S. Cimamonti, y Mercadier M-F. «L'émergence d'une culture judiciaire européenne.» Aix-Marseille: Laboratoire de theorie du droit. Centre de recherche en matiere penale, 2009.
- Bering Liisberg, J. «Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law?» *Common Market Law Review* 38, n.º 5 (2001): 1171-99.
- Bernabéu Pérez, I.C. «El reconocimiento y ejecución en el Reglamento nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.» *Práctica de Tribunales*, n.º 117 (noviembre de 2015): 1-13.
- Bernitz, U., y J. Nergelius, eds. *General principles of European Community Law*. Leiden: Kluwer Law International, 2000.
- Besselink, L.F.M., M. Claes, y J.H. Reestman. «Mutual Trust.» *European Constitutional Law Review* 2, n.º 1 (2006): 1-3. doi:10.1017/S1574019606000010.
- Bigo, D. «EU police cooperation: national sovereignty framed by European Security.» En *Security versus Justice? Police and judicial cooperation in the European Union*, editado por E. Guild y F. Geyer. Londres: Routledge, 2016.
- Blakesley, C., y O. Lagodny. «Finding harmony amidst disagreement over extradition, jurisdiction, the role of human rights, and issues of extraterritoriality under international criminal law.» *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 24, n.º 1 (1991): 1-75.
- Blanco Valdés, R.L. *El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*. Madrid: Alianza Editorial, 2006.
- Block, Ludo. «Combating Organized Crime in Europe: Practicalities of Police Cooperation.» *Policing* 2, n.º 1 (1 de enero de 2008): 74-81. doi:10.1093/police/pan009.
- Bobbio, N. «Principi generali di diritto.» En *Contributi ad un dizionario giuridico*, de N. Bobbio, 257-79. Turín: Giappichelli, 1994.
- Boer, M. Den. «Justice and Home Affairs Cooperation in the Treaty on European Union: More Complexity Despite Communautarization.» *Maastricht journal of European and*

- comparative law* 4, n.º 3 (1997): 310-16.
- Borg-Barthet, J., y C. Lyons. «The European Union Migration Crisis.» *Edinburgh Law Review* 20, n.º 2 (2016): 230-35.
- Borrás, A. «Aspectos generales de la cooperación en materia civil.» En *La cooperación en materia civil en la UE: textos y comentarios*. Cizur Menor (Navarra): Thompson Aranzadi, 2009.
- . «Aspectos generales de la cooperación judicial en materia civil.» En *La cooperación en materia civil en la UE: textos y comentarios*. Cizur Menor (Navarra): Thompson Aranzadi, 2009.
- . «Derecho internacional privado y Tratado de Ámsterdam.» *Revista española de Derecho Internacional* 5, n.º 2 (1999): 383-426.
- . «Hacia la supresión del exequátur en Europa.» *Cuadernos de derecho judicial*, n.º 4 (2001): 15-52.
- . «“Informe explicativo” sobre el Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia matrimonial, de 28 de mayo de 1998, DOUE 221, de 16 de julio de 1998», 1998.
- . «La cooperación judicial en materia civil.» En *El Tratado de Lisboa: la salida de la crisis constitucional*, editado por J. Martín y Pérez de Nanclares, 437-99. Madrid: Iustel, 2008.
- . «La cooperación judicial en materia civil en el Tratado de Maastricht.» En *Perspectivas jurídicas actuales. Homenaje a Alfredo Sánchez-Bella Carswell*, editado por A. Martínez Lafuente, 385-97. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1995.
- Boularbah, H. «Les mesures provisoires en droit commercial international: développements récents au regard des Conventions de Bruxelles et de Lugano.» *Revue de droit commercial belge*, 1999, 604-10.
- Brady, Hugo. «Europol and the European Criminal Intelligence Model: A Non-State Response to Organized Crime.» *Policing* 2, n.º 1 (1 de enero de 2008): 103-9. doi:10.1093/police/pan014.
- Brand, R. «Community competence for matters of judicial cooperation at the Hague Conference of Private International Law: a view from the United States.» *Journal of Law and Commerce* 21 (2002): 191-208.
- Brants. «Procedural safeguards in the European Union: too little, to late?» En *European Evidence Warrant: transnational judicial inquiries in the EU*, editado por J. Vervaele, 103-19. Antwerpen/Oxford: Intersentia Publishing, 2005.
- Briggs, A. «The principle of comity in Private International Law.» En *Recueil des Cours*, 54:65-182, 2011.
- Brouwer, E. «Mutual Trust and the Dublin Regulation: Protection of Fundamental Rights in the EU and the Burden of Proof.» *Utrecht Law Review* 9, n.º 1 (2013): 135-47.
- Brubacher, M. R. «Prosecutorial Discretion within the International Criminal Court.» *Journal of International Criminal Justice* 2, n.º 1 (2004): 71-95.
- Bruggeman, W. «Transformation of Internal Security in Europe. Reflections on How to Bridge the Gap between Political Ambitions and Police Reality: Able and Willing?» La Haya, 2004.
- Bunyan, T. «Trevi, Europol and the European State.» *Statewatching the new Europe*, 1993.
- Caamiña Domínguez, C.M. «La “supresión” del exequátur en el R 2201/2003.» *Cuadernos de derecho transnacional* 3, n.º 1 (2011): 63-83.
- Caballero Sanz, S. «Crónica de una adhesión anunciada: algunas notas sobre la negociación de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos.» *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 15, n.º 38 (2011): 99-128.
- Caianiello, M. «To sanction (or not to sanction) procedural flaws at the EU level? A step forward in the creation of an EU Criminal process.» *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 22 (2014): 317-29.

- Calaza-Ramudo López, S. «Cooperación judicial internacional. Extradición y euroorden.» *Revista General de Derecho Procesal* 2 (octubre de 2003): 1-34.
- Calvo Caravaca, A.L. «Régimen del proceso civil con elemento extranjero y asistencia judicial internacional.» *Revista General de Derecho* 507 (1986): 5095-5121.
- Capatina, O. *International Civil Procedure: A comparative Study*. Budapest: Akadémia Kiadó, 1967.
- . «L'entraide judiciaire internationale en matière civile et commerciale.» En *Recueil des Cours*, 179:305-413, 1983.
- Carrascosa González, J. «Breves reflexiones sobre el Reglamento 655/2014 de 15 de mayo de 2014 y la Orden Europea de retención de cuentas.» *Accursio*, 30 de junio de 2015. <http://accursio.com/blog/?p=357>.
- . «Las medidas provisionales y cautelares en el reglamento 44/2001 de la Unión Europea.» *DeCITA: direito do comércio internacional = derecho del comercio internacional*, n.º 3 (2005): 400-406.
- . «Provisional and protective measures and Council Regulation No 44/2001.» En *Cuestiones actuales del derecho mercantil internacional*, editado por A.L. Calvo Caravaca y S. Areal Ludeña, 341-347. Madrid: Colex, 2005.
- Carrera, S., y F. Geyer. «The Reform Treaty and Justice and Home Affairs. Implications for the common Area of Freedom, Security and Justice», CEPS Policy Brief, 141 (2007).
- Cassese, A. «On the Current Trends towards Criminal Prosecution and Punishment of Breaches of International Humanitarian Law.» *European Journal of International Law* 9, n.º 1 (1998): 1-27.
- Catalano, N., y R. Scarpa. *Principios de derecho comunitario*. Madrid: Tecnos, 1988.
- Cezón González, C. *Derecho extradicional*. Mad: Dykinson, 2003.
- Chicharro Lázaro, A. «El Tratado de Lisboa y el Programa de Estocolmo: los nuevos retos de la cooperación judicial en materia civil.» *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 20 (2010).
- Chueca Sancho, A.G. «Los principios generales del Derecho en el ordenamiento comunitario.» *Revista de Instituciones Europeas* 10, n.º 3 (1983): 863-98.
- Clerici, R. «Article 65.» En *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione Europea*, editado por F. Pocar, 308-13. Padova: CEDAM, 2001.
- Collins, L. «Provisional and protective measures in international litigation.» *Collected Courses of the Hague Academy of International Law* 234, n.º 2 (1992): 9-237.
- . «The territorial reach of Mareva Injunctions.» En *Essays in International litigation and the conflict of laws*, 189-225. Oxford: Clarendon Press, 1994.
- Comanducci, Paolo. «Principios Jurídicos e indeterminación del Derecho.» *DOXA. Cuadernos de filosofía del derecho*. 21, n.º II (1998): 89-104.
- Comisión Europea. «Judicial cooperation in civil matters in the European Union. A guide for legal practitioners.», 2014. http://ec.europa.eu/justice/civil/files/civil_justice_guide_en.pdf.
- . «The 2016 EU Justice Scoreboard.» Bruselas, 2016.
- Consejo de la Unión Europea. *Versión revisada del manual europeo para la emisión de órdenes de detención europeas, Documento 1719571/10 de 17 de diciembre de 2010*, 2010.
- Correa Delcasso, J.P. «La saisie des comptes bancaires, l'exécution provisoire, la transparence du patrimoine et les mesures conservatoires en droit espagnol.» Informe nacional de aplicación del Reglamento Bruselas I: España, 2002.
- Cràmer, P. «Reflections on the roles of mutual trust in EU law.» En *50 years of the European Treaties. Looking back and thinking forward*, editado por M. Dougan y S. Currie, 43-61. Oxford: Hart Publishing, 2009.
- Crespi Reghizzi, Z. «“Mutual trust” and “Arbitration Exception” in the European Judicial Area: the West Tankers judgement of the ECJ.» *Yearbook of Private International Law* 11

- (2009): 427-541.
- Cuniberti, G. «La ejecución de las medidas provisionales y cautelares extranjeras en materia civil y mercantil.» *Diario La Ley*, Tribuna, 7601 (31 de marzo de 2011).
- . «Some Remarks on the Efficiency of Exequatur.» *University of Luxembourg Law Working paper Series* 1 (2012).
- Cuniberti, Gilles, y Isabella Rueda. «Abolition of Exequatur -- Addressing the Commission's Concerns.» *Rechtszeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 75, n.º 2 (2011): 286-316.
- Davies, G. «Trust and mutual recognition in the Service Directive.» En *Regulating trade in services in the EU and the WTO: trust, distrust and economic integration*, editado por I. Lianos y O. Odudu, 99-119. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- . «Trust and mutual recognition in the Services Directive.» En *Regulating trade in services in the EU and the WTO: trust, distrust and economic integration*, editado por I. Lianos y O. Odudu, 99-120. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- Davies, K. «General principles of Union Law.» En *Understanding European Union Law*, 6.^a ed., 63-70. Nueva York: Routledge, 2016.
- De Bondt, W., y G. Vermulen. «Appreciating approximation. Using common offence concepts to facilitate police and judicial cooperation in the EU.» En *Eu and International Crime Control: Topical Issues*, editado por M. Cools, M. Easton, B. De Ruyver, L. Pauwels, P. Ponsaers, G. Vande Walle, T. Vander Beken, F. Vander Laenen, G. Vermulen, y G. Vynckier, 15-40. Governance of Security Research paper Series. Antwerpen: Maklu, 2010.
- de Búrca, G. «After the EU Charter of fundamental rights: the Court of Justice as a Human Rights Adjudicator.» *Maastrich Journal* 20, n.º 2 (2013): 168-84.
- de Búrca, G., y J.H.H. Weiler. *The European Court of Justice*. Vol. X/1. The Collected Courses of the Academy of European Law. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- Dehousse, R. *The European Court of Justice. The politics of judicial integration*. Londres: Macmillan Press, 1998.
- de Hoyos Sancho, M. «El principio de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea: ¿Asimilación automática o corresponsabilidad?» *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 22 (septiembre de 2005): 807-42.
- de Jorge Mesas, F.L. «La cooperación judicial penal en la Unión Europea: las claves del sistema.» Universidad de Málaga, 2014.
- de Kerchove, G., y A. Weyembergh, eds. *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen*. Bruselas: Éditions de l'Université de Bruxelles, 2005.
- Delmas-Marty, M., y J.A.E. Vervaele. *The European Public Prosecutor's Office, en Implementation of the Corpus Iuris in the Member States Vol.1*. Mortsel (Bélgica): Intersentia Publishing, 2000.
- del Valle Gálvez, A. «Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia y Tratado de Lisboa.» En *El Tratado de Lisboa: la salida de la crisis constitucional*, editado por J. Martín y Pérez de Nanclares, 417-35. Madrid: Iustel, 2008.
- de Miguel Asensio, P. «El nuevo Reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones.» *La Ley*, n.º 8013 (2013): 1-19.
- . «Espacio europeo de justicia: evolución y perspectivas en el sector del reconocimiento y ejecución de decisiones.» *Anuario español de Derecho internacional privado* T. VI (2006): 441-66.
- . «La evolución del Derecho internacional privado comunitario en el Tratado de Ámsterdam.» *Revista española de Derecho Internacional* 1 (1998): 373-76.
- De Schutter, O. «La contribution du contrôle juridictionnel à la confiance mutuelle.» *CRIDHO Working Paper* 6 (2005).
- . «L'espace de liberté, de sécurité et de justice et la responsabilité individuelle des Etats au regard de la CEDH.» En *L'espace pénal européen: enjeux et perspectives*, editado

- por A. Weyembergh y G. de Kerchove, 223-48. Bruselas: Editions de l'Université de Bruxelles, 2002.
- de Waele, J.M. «The role of the European Court of Justice in the Integration Process: A contemporary and normative assessment.» *Hanse Law Review* 6, n.º 1 (2010): 3-26.
- Dickinson, A. «Provisional Measures in the “Brussels I” Review: Disturbing the Status Quo?» *Journal of Private International Law* 6, n.º 3 (2010): 519-64.
- Domínguez, M.J. «Using prejudgement attachments in the European Community and the US.» *Journal of Transnational Law and Policy* 5, n.º 41 (s. f.): 41-52.
- Donoghue, B. «European Public Prosecutor. Will it happen?» presentado en Conferencia Anual Law Society, Budapest, marzo de 2008.
- Dougan, M., y S. Currie, eds. «Reflexion on the Roles of Mutual Trust in EU Law.» En *50 Years of the European treaties: looking back and thinking forward*. Oxford: Hart, 2009.
- Douglas-Scott, S. «A Tale of Two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the Growing European Human Rights Acquis.» *Common Market Law Review* 43, n.º 3 (2006): 629-65.
- . *Constitutional Law of the European Union*. Harlow, Reino Unido: Longman's, 2002.
- . «The Charter of Fundamental Rights as a constitutional document.» *European Human Rights Law Review* 1 (2004): 37-50.
- . «The European Union and Human Rights after the Treaty of Lisbon.» *Human Rights Law Review* 11, n.º 4 (2011): 645-82.
- Dumon, M.F. «Méthodes d'interprétation vues par un juge à la Cour.» Luxemburgo: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, 1976.
- Durán Ayago, A. «Jurisprudencia constitucional y derecho internacional privado.» *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, n.º 21 (2003): 519-39.
- Dworkin, R. *Law's Empire*. Harvard University Press, 1986.
- . *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1984.
- . *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press, 1986.
<http://www.hup.harvard.edu/catalog.php?isbn=9780674867116>.
- Elvira Benayas, M.J. «Diligencias preliminares, medidas de aseguramiento de pruebas y Reglamento Bruselas I ¿Una cuestión cerrada?» *La Ley Unión Europea*, n.º 19 (octubre de 2014): 1-12.
- Engel, Christoph. «The European Charter of Fundamental Rights A Changed Political Opportunity Structure and Its Normative Consequences.» *European Law Journal* 7, n.º 2 (junio de 2001): 151-70.
- Eriksen, E.O., J.E. Fossum, y A. Menéndez, eds. *Developing a Constitution for Europe*. Londres: Routledge, 2004.
- Esplugues Mota, C, C. Esplugues Mota, y J.L. Iglesias Buhigues. «El Derecho Internacional Privado: Características Generales.» En *Derecho Internacional Privado*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011.
- Fach, K. «Competencia Judicial Internacional en materia de acciones preventivas: Interpretación del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.» *Noticias de la Unión Europea*, n.º 225 (2003): 83-91.
- Faure, M., y A. J. Van der Walt, eds. *Globalization and private law: the way forward*. Cheltenham, Reino Unido: Edward Elgar, 2010.
- Fawcett, J.J. «The impact of article 6(1) of the ECHR on private international law.» *International and Comparative Law Quarterly* 56, n.º 1 (2007): 1-48.
- Fazekas, M., y E. Nanopoulos. «The Effectiveness of EU Law: Insights from the EU Legal Framework on Asset Confiscation.» *European journal of crime, criminal law and criminal justice* 24 24 (2016): 39-64.
- Fernández-Ballesteros López, M.A. «Las medidas cautelares “internacionales”.» En *Las medidas cautelares por razón de la materia*, editado por M.A. Fernández-Ballesteros López, 388-434. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1997.

- Fernández Rozas, J.C. «El espacio de libertad, seguridad y justicia consolidado por la Constitución Europea.» *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía* 6097 (2004): 1-24.
- . «Notificaciones en el extranjero: experiencias en los procesos de integración y en las relaciones entre México y España.» *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado* 7 (1999): 45-74.
- Fernández Rozas, J.C., y S. Sánchez Lorenzo. *Derecho Internacional Privado*. 6^a ed. Madrid: Civitas, 2011.
- Fernández Segado, F. «El juez nacional como juez comunitario europeo de derecho común. Las transformaciones constitucionales dimanantes de ello.» *Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional* 13 (2005).
- Ferrerres Comella, V. «El juez nacional ante los derechos fundamentales europeos. Algunas reflexiones en torno a la idea de diálogo.» En *I*, de M. Ze, 231-69. editado por A. Sainz Arnaiz. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 2005.
- Fichera, M. «Mutual Trust in European Criminal Law.» *University of Edinburgh School of Law Working papers* 2009/10 (2009): 1-25.
- . «The European Arrest Warrant and the Sovereign State: A Marriage of Convenience?» *European Law Journal* 15, n.º 1 (2009): 70-97. doi:10.1111/j.1468-0386.2008.00451.x.
- Fichera, M., y C. Janssens. «Mutual Recognition of Judicial Decisions in Criminal Matters and the Role of the National Judge.» *ERA Forum* 8, n.º 2 (2007): 177-202.
- Fletcher, M., R. Lööf, y B. Gilmore. *EU Criminal law and Justice*. Cheltenham, Reino Unido/Northampton, Estados Unidos: Edward Elgar Publishing, 2008.
- Flore, D. «La notion de confiance mutuelle : l’“alpha” ou l’“oméga” d’une justice pénale européenne.» *La confiance mutuelle dans l’espace pénal européen*, 2005. <http://orbi.ulg.ac.be/handle/2268/79804>.
- Fonseca Morillo, F.J. «La orden de detención y entrega europea.» *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 7, n.º 14 (2003): 69-95.
- Font i Segura, A. «Una lectura comunitaria del principio *lex fori regit processum*.» *Anuario español de derecho internacional privado*, n.º 1 (2001): 283-314.
- Frackowiak-Adamska, A. «Time for a European “Full Faith and Credit Clause”.» *Common Market Law Review* 52, n.º 1 (1 de febrero de 2015): 191-218. doi:2015.
- Francioni, F., ed. *Access to Justice as a Human Right*. Oxford University Press, 2007.
- Franco Aas, K.F. *Globalization & crime*. 2nd ed. Key approaches to criminology. London: SAGE, 2013.
- Freixes Sanjuán, T. «Derechos fundamentales en la Unión Europea. Evolución y prospectiva la construcción de un espacio jurídico europeo de los derechos fundamentales.» *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 4 (2005): 43-86.
- Frigo, M., y L. Fumagalli. *L’assistenza giudiziaria internazionale in materia civile*. Padova: CEDAM, 2003.
- Fuentes Camacho, V. *Las medidas provisionales y cautelares en el espacio judicial europeo: estudio del art. 24 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, con especial referencia a la posición española*. Colección estudios internacionales 19. Madrid: EUROLEX, 1996.
- Fuertes, M. *Un procedimiento administrativo para Europa*. Navarra: Thompson Reuters-Aranzadi, 2012.
- Fukuda-Parr, S. «New Threats to Human Security in the Era of Globalization.» *Journal of Human Development* 4, n.º 2 (julio de 2003): 167-79. doi:10.1080/1464988032000087523.
- Gambino, S. «Jurisdicción y justicia entre Tratado de Lisboa, Convenio Europeo de Derechos Humanos y ordenamientos nacionales.» *Revista de Derecho Constitucional Europeo* 7, n.º 13 (2010).
- Garau Sobrino, F. «La declaración de ejecutividad automática: ¿hacia una nueva teoría general

- del exequátur?» *Anuario español de derecho internacional privado*, n.º 4 (2004): 91-116.
- García Barroso, C. *El procedimiento de extradición II*. Madrid: Colex, 1996.
- García Cano, S. «Evolución de las técnicas de cooperación internacional entre autoridades en el derecho internacional privado.» *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie año XXXVIII, n.º 112 (enero-abril de de 2005): 75-109.
- García de Enterría, E. *La batalla por las medidas cautelares: derecho comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español*. 2a. ed. ampliada. Madrid: Editorial Civitas, 1995.
- . «La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas.» *Revista española de Derecho Constitucional* 1, n.º 1 (1981): 35-131.
- García Roca, J. «La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración.» *Teoría y realidad constitucional*, n.º 20 (2007): 127-43.
- García Sánchez, B. *La extradición en el ordenamiento interno español, internacional y comunitario*. Granada: Comares, 2005.
- Garcimartín Alférez, F. J. *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*. Madrid: McGraw-Hill, 1996.
- . «La competencia judicial para adoptar medidas cautelares: el caso IBERDROLA vs EDF.» *Revista de Derecho de la competencia y la distribución*, n.º 3 (julio de 2008): 147-57.
- . «Sobre el fundamento de la cooperación jurídica internacional.» En *Cooperación Jurídica Internacional*, editado por S. Álvarez González y J.R. Remacha y Tejada, 61-68. Colección Escuela Diplomática 5. Madrid: Escuela Diplomática, AEPDIRI, BOE, 2001.
- Garcimartín Alférez, F.J., y M.J. Prieto Jiménez. «La supresión del exequatur en Europa: el Título Ejecutivo Europeo.» *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.º 5 (2004): 1619-29.
- Gardeñes Santiago, M. *La aplicación de la regla de reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional*. Estudios Internacionales 33. Madrid: Eurolex, 1999. <http://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=90704>.
- Garrett, G. «The Politics of Legal Integration in the European Union.» *International Organization* 49, n.º 1 (1995): 171-81.
- Garzón Clariana, G. «Sobre la noción de cooperación internacional.» *REDI* XXIX (1976): 51-69.
- Gascón Inchausti, F. «El Derecho Procesal Civil Europeo comparece ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: reflexiones a partir de las resoluciones recaídas en los asuntos Povse c. Austria y Avotiņš c. Letonia.» *Cuadernos de derecho transnacional* 6, n.º 2 (2004): 91-111.
- . , ed. *El título ejecutivo europeo para créditos no impugnados*. 1. ed. Monografías Aranzadi 370. Cizur Menor, Navarra: Aranzadi, 2005.
- . *Medidas cautelares de proceso civil extranjero: Artículo 24 del Convenio de Bruselas*. Biblioteca Comares de ciencia jurídica 10. Granada: Editorial Comares, 1998.
- . «Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la ley de cooperación jurídica internacional en materia civil.» *Cuadernos de derecho transnacional* 7, n.º 2 (2015): 151-87.
- Giardina, A. *Sulla regolarità della citazione avanti il giudice straniero quale condizione della deliberazione*. Roma: Roma: Societa editrice del Foro Italiano, 1971.
- Gil Ibáñez, A.J. *El control y la ejecución del derecho comunitario: el papel de las administraciones nacionales y europea*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1998.

- . «The “standard” administrative procedure for supervising and enforcing EC law: EC Treaty articles 226 and 228». *Law and Contemporary problems* 68 (2004): 135-60.
- Gómez de Liaño Fonseca-Herrero, M. «El principio de reconocimiento mutuo como fundamento de la cooperación judicial penal y sus efectos en los ordenamientos de los Estados miembros.» *Revista de Derecho de la Unión Europea* 10 (2006): 155-78.
- González Beilfuss, C. «El proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.» *Revista española de Derecho Internacional* 52, n.º 2 (2000): 662-69.
- . «El reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras y el Convenio Europeo de derechos humanos.» editado por A. Badia Martí y A. Olesti Rayo, 359-70. Madrid: Marcial Pons, 2009.
- . «La cooperación internacional de autoridades: articulación del derecho internacional privado interno y convencional y el derecho internacional privado comunitario.» *Anuario español de Derecho internacional privado*, n.º 8 (2008): 766-68.
- González Campos, J.D. «Diversification, spécialisation, flexibilité et matérialisation des règles de Droit International Privé.» En *Recueil des Cours*, 287:9-426, 2000.
- González Vega, J.A. «Inmunidades, Derecho internacional y tutela judicial en la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre inmunidades, ¿juego de espejos en el callejón del Gato» 68, n.º 1 (2016): 85-97.
- Gosalbo Bono, R., y U. Seif. «The development of general principles of law at national and community level.» En *Richterrecht und Rechtsfortbildung in der Europäischen Rechtsgemeinschaft*, editado por R. Schulze, 99-142. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003.
- Grossot, X. *General principles of community law*. Groningen: Europa Law Publishing, 2006.
- Grossot, X., J. Hettne, y G. Petursson. «General Principles and the Many Faces of Coherence: Between Law and Ideology in the European Union.» *Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law* Forthcoming (2016). <http://ssrn.com/abstract=2765724>.
- Guardiola, A. «TEDH. Sentencia de 30.06.2005 Bosphorous Airways, 45036/98. Derecho comunitario y Convenio Europeo de Derechos Humanos.» *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 28 (2007): 943-57.
- Guegan, J. «Les méthodes de la Cour de Justice des Communautés Européennes, Tomo I.» Université de Rennes, 1979.
- Guinchard, E., A. Nuyts, y N. Watté. «Procès équitable (Article 6 CESDH) et Droit International Privé.» En *International Civil litigation in Europe and the Relations with thirds parties*. Bruselas: Bruylant, 2005.
- Gulmann, C. «Methods of interpretation of the European Court of Justice.» *Stockholm Institute for Scandinavian Law* 24 (1980): 187-204.
- Guyomarch, A. «Problems and prospects for European Police Cooperation after Maastrich.» *Policing and Society* 5 (1995): 249-61.
- Guzmán Zapater, M. «Cooperación judicial y Tratado de Lisboa: entre consolidación e innovación.» *Revista General de Derecho* 21 (2010): 18.
- Haggenmüller, S. «The Principle of Proportionality and the European Arrest Warrant.» *Ultima Ratio, a principle at risk. European Perspectives*, Oñati Socio-Legal Series., 3, n.º 1 (2013): 95-106.
- Harlow, C., y R. Rawlings. «Accountability and law enforcement: the centralized EU infringement procedure.» *European Law Review* 31, n.º 4 (2006): 447-75.
- Heard, C., y D. Mansell. «The European investigation order: changing the face of evidence-gathering in EU cross-border cases.» *New Journal of European Criminal Law* 4 (2011): 1-13.
- Héritier, A. «Mutual Recognition: Comparing Policy Areas.» *Journal of European Public Policy* 14, n.º 5 (2007): 800-813.
- Hess, B. «La influencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el derecho procesal

- civil europeo.» *Anuario español de Derecho internacional privado* XIV- XV (2015 de 2014): 35-53.
- . «Minimum procedural standards for enforcement of provisional and protective measures at the European level.» *European Business Law Review* 17, n.º 3 (2006): 765-84.
- . «The Brussels I Regulation: Recent Case Law of the Court of Justice and the Commission's Proposed Recast.» *Common Market Law Review* 49, n.º 3 (2012): 1075-1112.
- Hess, B., T. Pfeiffer, y P. Schlosser, eds. «Report on the application of Regulation Brussels I in the Member States», septiembre de 2007.
- Hilson, C. «Rights and principles in EU law: a distinction without foundation?» *Maastricht Journal of European and comparative law* 15, n.º 2 (2008): 193-215.
- Hirsch Ballin, E. «Towards reinforcing mutual trust: adding evaluation of the quality of national legal systems to EU criminal justice policy. Introductory Speech.» En *An additional evaluation mechanism in the field of EU judicial cooperation in criminal matters to strengthen mutual trust*, editado por M. Dane y A.H. Klip, 7-16. Tilburg: Celsus Legal Publishers, 2009.
- Hodgson, J. «EU Criminal Justice: The Challenge of Due Process Rights within a Framework of Mutual Recognition.» *N.C.J. Int'l L. & Com. Reg.* 37 (2012 de 2011): 307.
- Honorati, C. «Medidas provisionales y revisión del Reglamento Bruselas I: una oportunidad perdida para mejorar la regulación.» *Anuario Español de Derecho Internacional Privado* 11 (2011): 207-27.
- Huber, B. *Cuestiones del Derecho Penal Europeo*. Madrid: Dykinson, 2005.
- Ibañez García, I. «El “poder discrecional” de la Comisión Europea en los procedimientos de infracción.» *CEF Legal*, n.º 143 (2012).
- . «¿Funciona el procedimiento de infracción del Derecho de la Unión Europea?» *Diario La Ley* 8792 (2016).
- Iglesias Buhigues, J.L. «La cooperación judicial en materia civil (CJC) antes y después del Tratado de Amsterdam.» *Revista General de Derecho* 644 (1998): 5847-62.
- Jacqué, J.P. «The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms.» *Common Market Law Review* 48, n.º 4 (2011): 995-1023.
- Jiménez Blanco, P. «Cooperación internacional en la práctica de pruebas y adopción de medidas cautelares en los derechos de propiedad industrial.» *Anuario español de Derecho internacional privado* 0 (2000): 285-97.
- Jiménez de Parga, M. «La adhesión de la Unión Europea al convenio europeo de derechos humanos.» En *Une communauté de droit : Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, editado por N. Colneric, J.P. Puissochet, D. Ruiz-Jarabo, y D.V. Edwards. España: BWV Berliner Wissenschafts, 2003.
- Jimeno-Bulnes, M. «European Judicial Cooperation in Criminal Matters.» *European Law Journal* 9, n.º 5 (2003): 614-30.
- Juncker, J-C. «Un nuevo comienzo para Europa: mi Agenda en materia de empleo, crecimiento, equidad y cambio democrático. Orientaciones políticas para la próxima Comisión Europea.» Estrasburgo, 15 de julio de 2014. http://ec.europa.eu/priorities/sites/beta-political/files/pg_es.pdf.
- Kaunert, C. «The area of freedom, security and justice in the Lisbon Treaty: commission policy entrepreneurship?» *European Security* 19, n.º 2 (2010): 169-89.
- Kelemen, R. D. «The Political Foundations of Judicial Independence in the European Union.» *Journal of European Public Policy* 19, n.º 1 (2012): 43-58.
- Kerber, W., y R. Van den Bergh. «Mutual Recognition Revisited: Misunderstandings, Inconsistencies, and a Suggested Reinterpretation.» *Kyklos* 61, n.º 3 (2008): 447-65.
- Kessedjian, C. «First impressions of the transnational Rules of Civil Procedure.» *International*

- Law Journal* 33 (1998): 477-80.
- . «Note on provisional and protective measures in Private International Law and Comparative Law.» Preliminary Document. Enforcement of Judgments,. La Haya: Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, 1998.
- Kinsch, P. «Private International topics before the European Court of Human Rights. Selected judgments and decisions (2010-2011).» *Yearbook of Private International Law* 13 (2011): 37-49.
- Knill, C., y D. Lehmkuhl. «The national impact of European Union regulatory policy: Three Europeanization mechanisms.» *European Journal of Political Research* 41, n.º 2 (2002): 225-80.
- Koering-Joulin, R. «Structure et méthodes de la coopération internationale et régional en matière pénale.» *Revue Internationale de Droit Pénal* 55 (1984): 17-24.
- Kohler, C. «Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d'Amsterdam.» *Revue critique de droit international privé* 88, n.º 1 (1999): 1-30.
- . «Le Droit international privé européen après le traité d'Amsterdam.» En *Divenire sociale e adeguamento del Diritto. Studi in onore di Francesco Capotorti*, 191-217. Milán: Giuffrè, 1999.
- Komárek, J. «European Constitutionalism and the European Arrest Warrant: In Search of the Limits of Contrapunctual Principles.» *Common Market Law Review* 44, n.º 1 (2007): 9-40.
- . «Why national Constitutional Courts should not embrace EU Fundamental Rights.» *Law, Society and Economy Working Papers* 23 (2014): 1-18.
- Kostoris Padoa Schioppa, F. *The Principles of Mutual Recognition in the European Integration Process*. Houndmills, Basingstoke, Hampshire ; New York, N.Y: Palgrave Macmillan, 2005.
- Kramer, X. «Abolition of Exequatur Under the Brussels I Regulation: Effecting and Protecting Rights in the European Judicial Area.» *Nederlands Internationaal Privaatrecht (NIPR)*, 2011.
- . «Cross-Border Enforcement and the Brussels I-Bis Regulation: Towards a New Balance Between Mutual Trust and National Control over Fundamental Rights.» *Netherlands International Law Review* 60, n.º 3 (2015): 343-73.
- . «Cross-border enforcement in the EU: mutual trust versus fair trial? Towards principles of European civil procedure.» *International Journal of Procedural Law* 2 (2011): 202-30.
- . «Harmonisation of civil procedure and the interaction with private international law.» En *Civil litigation in a Globalising World*, editado por X. Kramer y C.H. van Rhee. La Haya: T.M.C. Asser Press, 2012.
- Kusak, M. «Crime's victim and the procedure of executing the freezing and the European Investigation Order.» En *Improving protection of victim's rights : access to legal idea*, editado por P. Wilinski y P. Karlik, 231-38. Poznan: Adam Mickiewicz University, 2014.
- Labayle, H. «La coopération européenne en matière de justice et d'affaires intérieures et la Conférence intergouvernementale.» *Revue trimestrielle de Droit Européen* 33, n.º 1 (1997): 1-35.
- . «Un espace de liberté, de sécurité et de justice.» *Revue trimestrielle de Droit Européen* 33, n.º 4 (1997): 813-81.
- Lach, A. «Transnational gathering of evidence in criminal cases in the EU de lege lata and de lege ferenda.» *Eucrim* 3 (2009): 107-10.
- Lara Aguado, A. «Litigios transfronterizos y Justicia gratuita.» *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 8, n.º 17 (Enero-Abril de 2004): 83-115.
- Lavenex, S. «Justice and Home Affairs. Communitarization with hesitation.» En *Policy Making in the European Union*, editado por H. Wallace, M.A. Pollack, y R.A. Young, 6.^a ed.,

- 457-80. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- . «Mutual Recognition and the Monopoly of Force: Limits of the Single Market Analogy.» *Journal of European Public Policy* 14, n.º 5 (agosto de 2007): 762-79. doi:10.1080/13501760701428316.
- Lavenex, S., y W. Wagner. «Which European Public Order? Sources of Imbalance in the European Area of Freedom, Security and Justice1.» *European Security* 16, n.º 3-4 (2007): 225-43. doi:10.1080/09662830701753972.
- Lázaro, A. C. «El Tratado de Lisboa y el programa de Estocolmo: Los nuevos retos de la cooperación judicial en materia civil.» *Revista electrónica de estudios internacionales*, n.º 20 (2010): 4 - .
- Lecourt, R. «Cour européenne des Droits de l'Homme et Cour de justice des Communautés européennes.» En *Protection of human rights: the European Dimension*, editado por F. Matscher y H. Petzold, 2ª ed., 335-40. Alemania: Carl Heymanns Verlag, 1989.
- Leible, S., y A. Staundinger. «El artículo 65 TCE : ¿carta blanca de la Comunidad Europea para la unificación del Derecho internacional privado y procesal ?» *AEDPr* 1 (2001): 89-115.
- Lenaerts, K. «Interlocking Legal Orders in the European Union and Comparative Law.» *International & Comparative Law Quarterly* 52, n.º 04 (2003). http://www.journals.cambridge.org/abstract_S0020589300067221.
- . «The Rule of Law and the Coherence of the Judicial System of the European Union.» *Common Market Law Review* 44, n.º 6 (2007): 1625-59.
- Lenaerts, K., y J.A. Gutierrez-Fons. «The Constitutional Allocation of Powers and General Principles of EU Law.» *Common Market Law Review* 47, n.º 6 (1 de diciembre de 2010): 1629-69.
- Lewis, M.K. «Mutual legal assistance and extradition: human rights implications.» *China Rights Forum*, n.º 2 (2007). http://star.worldbank.org/corruption-cases/sites/corruption-cases/files/documents/arw/Xu_US_Yu_Zhengdong_Extradition_Lewis.pdf.
- Linde Paniagua, E., M. Bacigalupo Saggese, y J.A. Fuentetaja Pastor. *Principios de derecho de la Unión Europea*. Madrid: Colex, 2012.
- Lirola, I. *Libre circulación de personas y Unión Europea*. Madrid: Civitas, 1994.
- Longstreth, G. F., V. L. Go, y J. R. Malagelada. «Cimetidine Suppression of Nocturnal Gastric Secretion in Active Duodenal Ulcer.» *The New England Journal of Medicine* 294, n.º 15 (8 de abril de 1976): 801-4. doi:10.1056/NEJM197604082941502.
- López de Tejada Ruiz, M. «La supresión del exequátur en el espacio judicial europeo.» *Diario La Ley*, n.º 7766 (2011). <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3796007>.
- Lunas Díaz, M.J. «El principio de primacía comunitario y el derecho Internacional Privado.» *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 2, n.º 4 (1998): 473-500.
- Lupoi, M.A. «L'attuazione negli altri Stati membri dei provvedimenti provvisori e cautelari nel regolamento UE n. 1215 del 2012 (Bruxelles I bis).» En *Il processo esecutivo. Liber amicorum Romano Vaccarella*, editado por B Capponi y al., 1521-22. Turín: Utet, 2014.
- Luther, J. «Jueces europeos y jueces nacionales : la Constitución del diálogo (en memoria de Louis Favoreu).» *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 3 (2005).
- Macías Castillo, A. «Nulidad de actuaciones por defecto procesal grave de orden público: omisión de emplazamiento de un menor de edad.» *Actualidad civil*, n.º 15 (2004): 1845-50.
- Mainstrat. «Study on the application of Council Regulation (EC) N°1206/2001, on cooperation between the courts of the EU countries in the taking of evidence in civil or commercial matter.» Bruselas: Comisión Europea, 2007.
- Majone, G. «Mutual trust, credible commitments and the evolution of rules for a Single European Market.» *EUI Working paper*, RSC, 95/1 (1995): 1-33.
- Majone, G., A. Mullins, y C. Sanders. «Mutual recogniton in federal type systems.» En *Economic Union in federal systems*, 68-84. Sydney: Federation Press, 1994.

- Mancini, G.F. «The making of a constitution for Europe.» *Common Market Law review* 26, n.º 4 (1989): 595-614.
- Mangiameli, S. *L'Ordinamento europeo, Vol. I, I principi dell'Unione*. Milán: Giuffrè, 2006.
- Mangiaracina, A. «A New and Controversial Scenario in the Gathering of Evidence at the European Level: The Proposal for a Directive on the European Investigation Order.» *Utrecht Law Review* 10, n.º 1 (2014): 113-33.
- Maseda Rodríguez, J. «Motivos de denegación de la ejecución material de una resolución extranjera y motivos de denegación de su ejecutividad: alegación y procedimiento de exequátur.» *Dereito: Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, n.º 1 (2013): 265-300.
- Mattera, A. «La reconnaissance mutuelle: une valeur historique ancienne, un principe juridique intégrationniste, l'assise politique d'un modèle de société humaniste.» En *Chemins d'Europe. Mélanges e l'honneur de Jean Paul Jacqué*. Paris: Dalloz, 2010.
- . «The Principle of Mutual Recognition and Respect for National, Regional and Local Identities and Traditions.» En *The principles of mutual recognition in the European integration process*, editado por F. Kostoris Padoa Schioppa, 1-24. Houndmills, Basingstoke, Hampshire ; New York, N.Y: Palgrave Macmillan, 2005.
- Mégie, Antoine. «Généalogie du champ de la coopération judiciaire européenne.» *Cultures & Conflicts*, n.º 62 (2006): 11-41.
- Menéndez, A. J. «Chartering Europe: Legal Status and Policy Implications of the Charter of Fundamental Rights of the European Union.» *JCMS: Journal of Common Market Studies* 40, n.º 3 (septiembre de 2002): 471-90.
- . «The European Democratic Challenge: the forging of a supranational Volonté Générale.» *European Law Journal* 15, n.º 3 (2009): 277-308.
- Miquel Sala, R. «La futura orden europea de retención de cuentas para simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil.» *Cuadernos de derecho transnacional* 4, n.º 2 (2012): 217-47.
- Mitsilegas, V. «Harmonisation and competence.» En *EU criminal law*, 59-113. Modern Studies in European Law 17. Oxford: Hart Publishing, 2009.
- . «The constitutional implications of mutual recognition in criminal matters in the EU.» *Common Market Law Review* 43 (2006): 1277-1311.
- . «The Limits of Mutual Trust in Europe's Area of Freedom, Security and Justice: From Automatic Inter-State Cooperation to the Slow Emergence of the Individual.» *Yearbook of European Law* 31, n.º 1 (2012): 319-72.
- . «The transformation of Criminal Law in the "Area of Freedom, Security and Justice".» *Yearbook of European Law* 26, n.º 1 (2007): 1-32.
- . «Trust-building measures in the European Judicial Area in Criminal Matters: issues of competence, legitimacy and inter-institutional balance.» En *Security versus freedom: a challenge for Europe's future*, editado por S. Carrera y T. Balzacq, 279-90. Darmouth: Ashgate, 2006.
- Mitsilegas, V., J. Monar, y G. W. Rees. *The European Union and internal security: guardian of the people? One Europe or several?* Houndmills, Basingstoke, Hampshire ; New York, N.Y: Palgrave Macmillan, 2003.
- Moccia, L. «Du "Marché" a la "Citoyenneté": a la recherche d'un Droit Privé Européen durable et sa base juridique.» *Revue Internationale de Droit Comparé*, n.º 2 (2004): 292-327.
- Molinier, J., ed. *Les principes fondateurs de l'Union Européenne*. París: Presses Universitaires de France, 2005.
- Monar, Jörg. «Cooperation in the Justice and Home Affairs Domain: Characteristics, Constraints and Progress.» *Journal of European Integration* 28, n.º 5 (diciembre de 2006): 495-509. doi:10.1080/07036330600979797.
- Morelli, G. *Nozioni di Diritto Internazionale*. Padova: CEDAM, 1967.
- Morgan, C. «The potential of mutual recognition as a leading policy principle.» En *The future of*

- police and judicial cooperation in the European Union*, editado por C. Fijnaut y J. Ouwerkerk, 231-39. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2010.
- Möstl, M. «Preconditions and Limits of Mutual Recognition.» *Common Market Law Review* 47, n.º 2 (2010): 405-36.
- Mueller, G.O.W., y E.M. Wise. *International Criminal Law*. Londres: Sweet & Maxwell, 1965.
- Murphy, C.C. «The European Evidence Warrant: mutual recognition and mutual (dis)trust?» En *Crime within the Area of freedom, security and justice. A European Public Order*, editado por C. Eckes y T. Konstadinides, 224-48. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- Nelken, D. «The Globalization of Crime and Criminal Justice: Prospects and Problems.» *Current Legal Problems* 50, n.º 1 (1 de enero de 1997): 251-77. doi:10.1093/clp/50.1.251.
- Niboyet, J.P. *Principios de Derecho Internacional Privado*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1928.
- . *Traité de droit international privé*. Vol. t.6(II). Paris: Sirey, 1949.
- Nicolaïdis, K. «Trusting the Poles? Constructing Europe through Mutual Recognition.» *Journal of European Public Policy* 14, n.º 5 (2007): 682-98.
- Nieto Martín, A. «Fundamentos constitucionales del sistema Europeo de Derecho penal.» *Direito e Cidadania* 6, n.º 22 (2005): 27-92.
- Nilsson, H.G. «From classical judicial cooperation to mutual recognition.» *Revue Internationale de Droit Pénal* 77, n.º 1 (2006): 53-58.
- Oberhammer, P. «The Abolition of Exequatur.» *IPRax: Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 30, n.º 3 (2010): 197-203.
- Obokata, Tom. «Key EU Principles to combat transnational organized crime.» *Common Market Law Review* 48 (2011): 801-28.
- O'Reilly, P. «The European evidence warrant proposal: keystone of mutual trust and confidence or treacherous trojan horse?» *Journal of European Criminal Law* 2 (2006): 53-61.
- Ormazábal Sánchez, G. «La prueba penal en el espacio judicial europeo. Asistencia judicial y mutuo reconocimiento.» *La Ley Penal* 9546 (2010): 1-36.
- Ortells Ramos, M. *Derecho procesal civil*. 7.ª ed. Navarra: Thompson Aranzadi, 2007.
- . *Las medidas cautelares*. Madrid: La Ley, 2000.
- Ortiz Pradillo, J.C. «El concepto de “orden público procesal” y la denegación del reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales el derecho a un proceso justo.» *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 17 (2009).
- Papadopoulou, R.E. *Principes Gènèraux du Droit et Droit Communautaire*. Bruselas: Bruylant, 1996.
- Pardo Getino, L.A. «Los derechos humanos en el marco de la última reforma de la Unión Europea.» *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 21 (2010): 1-33.
- Parisi, N. «Brief remarks on judicial co-operation in criminal matters and the rights of individuals in the light of international and domestic praxis.» En *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio Ruiz*, III:2081-2106. Nápoles: Editoriale Scientifica, 2004.
- Paul, J.R. «The transformation of International Comity.» *Law and Contemporary Problems* 79 (2008): 19-38.
- Peers, S. «The proposed European Investigation order: assault on human rights and national sovereignty.» *Statewatch Analysis*, mayo de 2010.
- Pelkmans, J. «Mutual recognition in goods and services: an economic perspective.» En *The principles of mutual recognition in the European integration process*, editado por F. Kostoris Padoa Schioppa, 85-128. Houndmills, Basingstoke, Hampshire ; New York, N.Y.: Palgrave Macmillan, 2005.
- Pérez Milla, J. *La notificación judicial internacional*. Granada: Comares, 2000.

- Pérez Tremps, P. «Justicia comunitaria, justicia constitucional y tribunales ordinarios frente al derecho comunitario (Comentario a la Sentencia de la Corte Constitucional Italiana num 170-1984, de 8 de junio).» *Revista española de Derecho Constitucional*, n.º 13 (Enero-abril de 1985): 157-81.
- Pescatore, P. «Les objectifs de la Communauté européenne comme principe d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de justice.» En *Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersch*, tomo II, 325-63. Bruselas: Bru, 1972.
- Pocar, F. «“Informe explicativo” sobre el Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil firmado en Lugano el 30 de octubre de 2007, DOUE C-319, de 23 de diciembre de 2009», 2009.
- . *L'assistenza giudiziaria internazionale in materia civile*. Padova: CEDAM, 1967.
- . «Remarques sur la coopération judiciaire en matière civile dans la Communauté Européenne.» En *Mélanges en l'honneur de Berbard Dutoit*, editado por R. Bieber. Ginebra: Droz, 2002.
- . «The EU as an actor in Private International Law.» En *Private Law, Private International Law and Judicial Cooperation in the EU-US relationship*, editado por R.A. Brand y M. Walter, II:143-235. Thomson/West, 2005.
- Poiaras Maduro, M. «So Close and yet so Far: The Paradoxes of Mutual Recognition.» *Journal of European Public Policy* 14, n.º 5 (2007): 814-25.
- Poza Cisneros, M. «El Convenio de 2000.» En *Cooperación Judicial Penal en Europa*, editado por M. Carmona Ruano, I.U. González Vega, y V. Moreno Catena, 321-416. Madrid: Dykinson, 2013.
- Presidencia del Consejo de la Unión Europea. *Answers to the questionnaire related to issuing authorities in application of the initiative for a Council Framework Decision on the European Investigation Order, Documento de Trabajo 13049/1/10/*, 2010. <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%2013049%202010%20REV%201>.
- . *Informe de situación. Documento interinstitucional 2010/0817 (COD)*, 1010. <http://register.consilium.europa.eu/pdf/es/10/st16/st16868.es10.pdf>.
- Puente Egido, J. «¿Adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos?» En *Soberanía del Estado y Derecho Internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, editado por M. Vargas Gómez-Urrutia y A. Salinas de Frías, 2:1119-44, 2005.
- Rafaraci, T. «General Considerations on the European Investigation Order.» En *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe*, editado por S. Ruggeri, 37-44. Heidelberg/New York, Dordrecht, London: Springer International Publishing, 2014.
- Riehle, C. «European Criminal Justice on the Move.» *ERA Forum* 16, n.º 3 (2015): 273-76.
- Rigaux, F. *Droit International Privé Tomo I*. Bruselas: Larcier, 1977.
- Rodríguez Iglesias, G.C., y A. Valle Gálvez. «El derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales Nacionales.» *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 2 (1997): 329-76.
- Rodríguez Vázquez, M.A. «El título ejecutivo europeo como primera manifestación de la supresión del exequátur en materia patrimonial.» *DeCITA: direito do comércio internacional = derecho del comercio internacional*, n.º 4 (2005): 337-58.
- . «Una nueva fórmula para la supresión del exequátur en la reforma del Reglamento Bruselas I.» *Cuadernos de derecho transnacional* 6, n.º 1 (2014): 330-47.
- Rosas, A., y L. Armati. *EU Constitutional Law*. 2.^a ed. Oxford: Hart Publishing, 2012.
- Rosenfeld, M. «Comparing Constitutional Review by the European Court of Justice and the U.S. Supreme Court.» *International Journal of Constitutional Law* 4, n.º 4 (2006): 618-51. doi:10.1093/icon/mol027.

- Rossi, L.S. «Does the Lisbon Treaty provide a clear separation of competences between EU and Member States?» En *EU Law after Lisbon*, editado por A. Biodi, P. Eeckhout, y S. Ripley, 85-106. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- . , «How Fundamental Are Fundamental Principles? Primacy and Fundamental Rights after Lisbon.» *Yearbook of European Law* 27, n.º 1 (1 de enero de 2008): 65-87.
- Rozalinova, E., A. Angelov, y I. Georgiev. «Jurisdiction, recognition and enforcement of provisional and protective measures (International Cooperation in Civil matters).» *Revista Forumul Judecatorilor*, n.º 4 (2012): 81-94.
- Ruggeri, S. «Introduction to the Proposal of a European Investigation Order: Due Process Concerns and Open Issues.» En *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe*, editado por S. Ruggeri, 3-25. Heidelberg, New York, Dordrecht, London: Springer International Publishing, 2014.
- . , ed. *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe*. Heidelberg, New York, Dordrecht, London: Springer International Publishing, 2014. <http://link.springer.com/10.1007/978-3-319-02570-4>.
- Ruiz-Jarabo, D. *El juez nacional como juez comunitario*. Madrid: Fundación Universidad Empresa-Editorial Civitas, 1993.
- . «El juez nacional como juez comunitario. Valoración de la práctica española.» En *El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, editado por G.C. Rodríguez Iglesias y D. Liñán Noguerras. Madrid: Editorial Civitas, 1993.
- Salerno, F. «Competenza giurisdizionale, riconoscimento delle decisioni e diritto al giusto processo nella prospettiva europea.» *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 47, n.º 4 (2011): 895-938.
- Sampol Pucurrull, M. «Los procedimientos de infracción. ¿Hay bases para una codificación?» En *Procedimiento Administrativo Europeo*, editado por J.E. Soriano García, 555-59. Navarra: Civitas-Thomson Reuters, 2012.
- Sánchez Lorenzo, S. «El nuevo sistema de reconocimiento y ejecución de resoluciones en el Reglamento (UE) 1215/2012 (Bruselas I bis).» *La Ley Unión Europea*, n.º 25 (Abril de 2015): 1-14.
- Sandrini, L. «La tutela del creditore in pendenza del procedimento di “ exequatur ” nel regolamento bruxelles I». *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 48, n.º 3 (2012): 595-616.
- Sarmiento, D. «Who’s afraid of the Charter? The Court of Justice, national courts and the new framework of fundamental rights protection in Europe.» *Common Market Law Review* 50, n.º 5 (2013): 1267-1304.
- Satzger, H. «The future of European Criminal Law between harmonization, mutual recognition and alternative solutions.» *Journal of European Criminal Law Report* 1, n.º 1 (2006): 27-39.
- Sayers, D. «The European investigation order, travelling without a roadmap.» *CEPS Research Paper, Liberty and Security in Europe*, 2011, 1-25.
- Schack, H. «La (indebida) abolición de los procedimientos de exequátur en la Unión Europea.» *Anuario español de derecho internacional privado*, n.º 9 (2009): 67-81.
- Schiek, D., U. Liebert, y H. Schneider, eds. *European Economic and Social Constitutionalism after the Treaty of Lisbon*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- Schiemann, K. «Europe--Our Common Legal Principles.» *Yearbook of European Law* 19, n.º 1 (1999): 205-16.
- Schlosser, P. «Jurisdiction and international judicial and administrative cooperation.» En *Recueil des Cours*, 284:9-428, 2000.
- . «Provisional measures.» Editado por B. Hess, T. Pfeiffer, y P. Schlosser. *Report on the application of Regulation Brussels I in the Member States*, septiembre de 2007, 288-327.
- . «The abolition of exequatur proceedings : including public policy review?» *IPRax*:

- Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 30, n.º 2 (2010): 101-4.
- Schmidt, S.K. «Mutual Recognition as a New Mode of Governance.» *Journal of European Public Policy* 14, n.º 5 (2007): 667-81.
- . «The Impact of Mutual Recognition--Inbuilt Limits and Domestic Responses to the Single Market.» *Journal of European Public Policy* 9, n.º 6 (2002): 935-53.
- Schüneman, B. «The European Investigation Order: A Rush into the Wrong Direction.» En *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe*, editado por S. Ruggeri, 29-35. Heidelberg, New York, Dordrecht, London: Springer International Publishing, 2014.
- Sinopoli, F. «Le procès équitable en droit international privé français et européen.» En *Procès équitable et enchevêtrement d'espaces normatifs*, editado por H. Ruiz-Fabri, 159-77. Paris: Société de Legislation Comparée, 2003.
- Skouris, V. «The principle of procedural autonomy and the duty of loyal cooperation of national judges under article 10 EC.» En *Tom Bingham and the transformation of the law: a Liber Amicorum*, editado por M. Andenas y D. Fairgrieve. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- Slaughter, A.M., A. Stone Sweet, y J.H.H. Weiler. *The European Court and national courts. Doctrine and jurisprudence*. Oxford: Hart Publishing, 1998.
- Snyder, F. «The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques.» *The Modern Law Review* 56, n.º 1 (1993): 19-54.
- Sola, N.F. «La adhesión de la Comunidad Europea al Convenio Europeo de Salvaguarda de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.» *Noticias de la Unión Europea* 144 (1997): 41-58.
- Sotto Maior, M. «The principle of proportionality: Alternative Measures to the EAW.» En *The European Arrest Warrant in Practice*, editado por N. Keijzer y E. van Sliedregt, 213-28. Amsterdam: T.M.C. Asser Press, 2009.
- Spencer, J.R. «An Academic Critique of the EU Acquis in Relation to Trans-Border Evidence-Gathering.» *ERA Forum. Special Issue on European Evidence*, 2005, 28-40.
- Stark, B. «When Globalization Hits Home: International Family Law Comes of Age.» *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 39, n.º 5 (2006): 1551-1603.
- Stessens, G., G. de Kerchove, y A. Weyembergh. «The principle of mutual confidence between judicial authorities and the Area of Freedom, Security and Justice.» En *L'espace pénal européen: enjeux et perspectives*, 91-104. Bruselas: Editions de l'Université de Bruxelles, 2002.
- Stone Sweet, A. «The Judicial Construction of Europe.» *Political Studies Review* 3, n.º 3 (septiembre de 2005): 429-39.
- Swodoba, S. «The self-perception of the European Court of Justice and its neglect of the defense perspective in its preliminary rulings on judicial cooperation in criminal matters. A small note on a fundamental misunderstanding.» *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 7-8 (2015): 371-74.
- Szászy, I. *International Civil Procedure: A comparative Study*. Budapest: Akadémia Kiadó, 1967.
- Taupiac-Nouvel, G. «The Principle of Mutual Recognition in Criminal Matters: A New Model of Judicial Cooperation Within the European Union.» *European Criminal Law Review* 2, n.º 3 (16 de diciembre de 2012): 236-51.
- . , «The European arrest warrant eight years on-time to amend the framework decision?» Londres: Fair Trials International, 2012.
- Thomas, Sir John. «The Principle of Mutual Recognition—success or Failure?» *ERA Forum* 13, n.º 4 (28 de marzo de 2013): 585-88. doi:10.1007/s12027-013-0283-2.
- Thwaites, Nadine L. C. «Mutual Trust in Criminal Matters: the European Court of Justice gives a first interpretation of a provision of the Convention implementing the Schengen Agreement.» *German Law Journal* 4, n.º 3 (2003).

- Timmer, L. «Abolition of Exequatur under the Brussels I Regulation: Ill Conceived and Premature?» *Journal of Private International Law* 9, n.º 1 (2013): 129-47.
- Tinoco Pastrana, A. «El embargo preventivo y el aseguramiento de pruebas en los procesos penales en la Unión Europea. Novedades tras la Ley 23/2014, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea y la Directiva 2014/41/CE relativa a la orden europea de investigación en materia penal.» *Cuadernos europeos de Deusto*, n.º 52 (2015): 121-46.
- Toth, A.G. «The European Union and Human Rights: The Way Forward.» *Common Market Law Review* 34, n.º 3 (1997): 491-529.
- Tridimas, Takis. *The General principles of EC law*. Oxford: Oxford University Press, 2000.
- Tulibacka, M. «Europeanization of civil procedures: in search of a coherent approach.» *Common Market Law review* 46, n.º 5 (2009): 1527-65.
- Tuori, K. *European Constitutionalism*. Cambridge Studies in European Law and Policy. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- Usher, J.A. *General Principles of EC Law*. European Law Series. London: Longman, 1998.
- Van Harten, H. «Who is afraid of a true European Judicial Culture?» *Review of European Administrative Law* 5, n.º 2 (2012): 131-52.
- Van Hoek, Aukje A. H., y Michiel J. J. P. Luchtman. «Transnational cooperation in criminal matters and the safeguarding of human rights.» *Utrecht Law Review* 1, n.º 2 (6 de diciembre de 2005): 1-39.
- Van Loon, J.H.A. «The increasing significance of international co-operation for the unification of private international law.» En *Forty years on: the evolution of postwar private international law in Europe*, 101-22. Deventer: Kluwer, 1990.
- Verhoeven, J. *Droit International Public*. Bruselas: Larcier, 2000.
- Vermeulen, G. «How far can we go on applying the principle of mutual recognition?» En *The future of police and judicial cooperation in the European Union*, editado por C. Fijnaut y J. Ouwerkerk, 241-57. Leiden: Nijhoff, 2010.
- . «Mutual recognition as cornerstone of cooperation in criminal matters: The European Union criminal justice system.» presentado en International Cooperation in Criminal Matters: Connecting the EU and South America, Federal Prosecution Service, Office of the Prosecutor General of the Republic, Rio de Janeiro, 4 de septiembre de 2014. <https://biblio.ugent.be/publication/5864921/file/5864923.pdf>.
- . «Mutual recognition, harmonisation and fundamental (procedural) rights protection.» En *Crime, rights and the EU. The future of police and judicial cooperation*, editado por M. Martin, 89-104. Londres: Justice, 2008.
- Vermeulen, G., W. De Bondt, y Y. Van Damme. *EU cross-border gathering and use of evidence in criminal matters. Towards mutual recognition of investigative measures and free movement of evidence?* Vol. 37. IRCP. Antwerpen/Apeldoorn/Portland: Maklu, 2010.
- Vermeulen, G., y L. van Puyenbroeck. «Approximation and mutual recognition of procedural safeguards of suspects and defendants in criminal proceedings throughout the European Union.» En *Eu and International Crime Control: Topical Issues*, editado por M. Cools, M. Easton, B. De Ruyver, L. Pauwels, P. Ponsaers, G. Vande Walle, T. Vander Beken, F. Vander Laenen, G. Vermulen, y G. Vynckier, 41-62. Governance of Security Research paper Series. Antwerpen: Maklu, 2010.
- Vernimmen van Tiggelen, G., y L. Surano. «Analysis of the future of mutual recognition in criminal matters in the European Union.» Bruselas: Institute for European Studies, Université Libre de Bruxelles, ECLAN- European Criminal law Academic Network, 2008.
- Vervaele, J. A. E. *European Evidence Warrant*. Antwerpen/Oxford: Intersentia Publishing, 2005.
- . «Mutual Trust in Gathering of Evidence at the Eu Level. What the Past Learned and

- the Future Brings?» *Revista de Criminologie, Criminalistica Si Penologie*, n.º 1/2 (2014): 216-32.
- . «The European Arrest Warrant and Applicable Standards of Fundamental Rights in the EU.» *Review of European Administrative Law* 6, n.º 2 (30 de diciembre de 2013): 37-54.
- Vesterdof, B. «A Constitutional Court for the EU?» *International Journal of Constitutional Law* 4, n.º 4 (2006): 607-17.
- Vilá Costa, B. «El régimen jurídico de las sanciones por infracción a las normas comunitarias», *Revista de Instituciones Europeas* 18 (1991): 805-43.
- . «Identidad europea y mercado interior», *Revista española de Derecho europeo* 3 (Abril de 2002): 14-36
- . «El Tratado de Lisboa y el ELSJ: reflexiones sobre el método y el programa.» En *¿Hacia una Europa de las personas en el espacio de libertad, seguridad y justicia?*, editado por M. Pi Llorens y E. Zapater Duque. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- Villagómez, M. «Reconocimiento y exequátur de decisiones judiciales en la CEE.» *Revista de Instituciones Europeas* 13, n.º 1 (1986): 29-58.
- Viñuales Ferreiro, S. *El procedimiento administrativo de la Unión Europea. De la regulación sectorial a la construcción de un régimen general*. Navarra: Thompson Reuters-Aranzadi, 2015.
- Vogel, J., y J.R. Spencer. «Proportionality and the European arrest warrant.» *Criminal Law Review* 6 (2010): 474-80.
- Vogler, R., y S. Ruggeri. «The European Investigation Order: Fundamental Rights at Risk?» En *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe*, 45-49. Heidelberg/New York, Dordrecht, London: Springer International Publishing, 2014.
- Vogler, T. «General Report.» *Revue Internationale de Droit Pénal* 55 (1984): 33-52.
- Von Bogdandy, A. «Founding Principles of EU Law: A Theoretical and Doctrinal Sketch.» SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY: Social Science Research Network, 15 de febrero de 2010. <http://papers.ssrn.com/abstract=1552542>.
- Von Bogdandy, A., y J. Bast. *Principles of European Constitutional Law*. 2.^a ed. Oxford: Hart Publishing, 2011.
- Walker, N. «The Problem of Trust in an Enlarged Area of Freedom, Security and Justice: A Conceptual Analysis», 2002. <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/4136>.
- Weller, M. «Mutual Trust: In Search of the Future of European Private International Law.» *Journal of Private International Law* 11, n.º 1 (2015): 64-102.
- Weyembergh, A. *L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen et évélateur de ses tensions*. Bruxelles: Éditions de l'Université de Bruxelles, 2004.
- Williams, A. T. «Taking Values Seriously: Towards a Philosophy of EU Law.» *Oxford Journal of Legal Studies* 29, n.º 3 (2009): 549-77. doi:10.1093/ojls/gqp017.
- Williams, C. «The European evidence warrant.» *Revue internationale de droit pénal* 77, n.º 1 (2006): 155.
- Zilinsky, M. «Abolishing exequatur in the European Union: the european enforcement order.» *Netherlands international law review*, n.º 3 (2006): 471-92.

Decisiones judiciales citadas

- Corte Internacional de Justicia. Sentencia N° 9, Asunto Lotus, de 7 de noviembre de 1927, (1927).
- Corte Suprema de los Estados Unidos. Sentencia Hilton v. Guyot, 113, (Corte Suprema de los Estados Unidos 1985).
- Tribunal Constitucional de Alemania. Sentencia del Bundesverfassungsgericht de 18 de julio de 2005, 2BvR 2236/04, (2004).
- Tribunal Constitucional de Austria. Sentencia del Tribunal Constitucional de Austria, de 14 de marzo de 2012, U 466/11-18 y U 1836-11-13, (2012).
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 15 de julio de 2010, C-256/09, Asunto Purrucker, ECLI:EU:C:2010:43715/07/2010, (2010).
- . Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 1 de julio de 2010, C-211/10 PPU, Asunto Povse, ECLI:EU:C:2010:400, (2010).
- . Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 2 de abril de 2009, C-394-07, Asunto Gambazzi, ECLI:EU:C:2009:219, (2009).
- . Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 2 de mayo de 2006, C-341/04, Asunto Eurofood, ECLI:EU:C:2006:281, (2006).
- . Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 3 de mayo de 2007, C-303/05, Asunto Advocaten voor de Wereld, ECLI:EU:C:2007:261., (2007).
- . Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 5 de julio de 2012, C-527/10, Asunto ERSTE Bank Hungary, ECLI:EU:C:2012:417, (2012).
- . Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 6 de junio de 2002, C-80/00, Asunto Italian Leather, ECLI:EU:C:2002:342., (2002).
- . Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de, 6 de marzo de 1980, C-120/79, Asunto de cavel II, ECLI:EU:C:1980:70., (1980).
- . Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 9 de diciembre de 2003, C-116/02, Asunto Gasser, ECLI:EU:C:2003:657, (2003).
- . Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 9 de noviembre de 2010, C-296/10, Asunto Purrucker II, ECLI:EU:C:2010:665, (2010).
- . Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 9 de octubre de 2014, C-376/14 PPU, Asunto C, ECLI:EU:C:2014:2268, (2014).
- . Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 9 de septiembre de 2015, C-4/14, Asunto Bohez, ECLI:EU:C:2015:563, (2015).
- . Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 10 de febrero de 1994, C-398/92, Asunto Mund, 1994 I - 00467, (1994).
- . Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 10 de febrero de 2009, C-185/07, Asunto Allianz y Generali Assicurazioni Generali, ECLI:EU:C:2009:69, (2009).
- . Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 10 de febrero de 2009, C-185/07, Asunto West Tankers, ECLI:EU:C:2009:69, (2009).
- . Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 11 de febrero de 2003, asuntos acumulados C-187/01 y C-385/01, Asunto Gözütok, 2003 I-01345, (2003).
- . Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 11 de julio de 1985, C-137/84, Asunto Mutsch, ECLI:EU:C:1985:335, (1985).
- . Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 11 de julio de 2008, C-195/08, Asunto Rinau, ECLI:EU:C:2008:406, (2008).

- . Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 12 de abril de 2011, C-235/09, Asunto DHL Express France, ECLI:EU:C:2011:238, (2011).
- . Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 13 de mayo de 2015, C-536/13, Asunto Gazprom, ECLI:EU:C:2014:316, (2015).
- . Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 13 de octubre de 2010, C-139/10, Asunto Prism Investment, ECLI:EU:C:2011:653, (2010).
- . Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de noviembre de 2013, C-60712, Asunto Balaz, ECLI:EU:C:2013:733, (2013).
- . Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 15 de noviembre de 2012, C-456/11, Asunto Gothaer, ECLI:EU:C:2012:719, (2012).
- . Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 16 de julio de 2015, C-681/13, Asunto Diaego, no publicada en la Recopilación de Jurisprudencia, (2015).
- . Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 16 de noviembre de 2010, C-261/09, Asunto Mantello, ECLI:EU:C:2010:683, (2010).
- . Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 17 de noviembre de 1998, C-391/95, Asunto Van Uden Maritime BV, ECLI:EU:C:1998:543, (1998).
- . Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 18 de julio de 2007, C-288/05, Asunto Kretzinger, ECLI:EU:C:2007:441, (2007).
- . Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 18 de julio de 2013, C-584/10 P; Asunto Kadi, ECLI:EU:C:2013:518, (2013).
- . Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 19 de diciembre de 2012, C-325/11, Asunto Alder, ECLI:EU:C:2012:824, (2012).
- . Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 19 de diciembre de 2013, C-452/12, Asunto Nipponkoa, ECLI:EU:C:2013:858, (2013).
- . Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 19 de noviembre de 2015, C-455/15 PPU, Asunto P, ECLI:EU:C:2015:763, (2015).
- . Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de febrero de 1979, C-120/78, Asunto Cassis de Dijon, ECLI:EU:C:1979:42, (1979).
- . Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 21 de enero de 2010, C-444/07, Asunto MG Probud Gdynia, ECLI:EU:C:2010:24, (2010).
- . Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de, 21 de mayo de 1980, C-125779, Asunto Denilauler, ECLI:EU:C:1980:130, (1980).
- . Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 22 de diciembre de 2010, C-296/10, Asunto Aguirre Zarraga, ECLI:EU:C:2010:828, (2010).
- . Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 23 de diciembre de 2009, C-403/09 PPU, Asunto Detiček, ECLI:EU:C:2009:810, (2009).
- . Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 24 de mayo de 2016, C-108/16 PPU, Asunto Dworzecki, ECLI:EU:C:2016:346, (2016).
- . Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 25 de enero de 1977, C-46/76, Asunto Bauhuis, ECLI:EU:C:1977:6, (1977).
- . Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 25 de junio de 2009, C-14/08, Asunto Roda Golf, ECLI:EU:C:2009:395., (2009).
- . Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 26 de abril de 2012, C-92/12 PPU, Asunto C., ECLI:EU:C:2012:255, (2012).
- . Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 26 de marzo de 1992, C-261/90, Asunto Reichert, ECLI:EU:C:1992:149, (1992).
- . Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 26 de septiembre de 2013, C-157-12, Asunto Salzgitter, ECLI:EU:C:2013:597, (2013).
- . Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 27 de abril de 1999, C-99796, Asunto Mietz, ECLI:EU:C:1999:202, (1999).
- . Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 27 de abril de 2004, C-

- 159/02, Asunto Turner, ECLI:EU:C:2004:228, (2004).
- . Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de marzo de 1979, C-143/78, Asunto de Cavel, ECLI:EU:C:1979:83, (1979).
- . Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 28 de abril de 2005, C-104/03, Asunto St. Paul Dairy, ECLI:EU:C:2005:255, (2005).
- . Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 28 de abril de 2009, C-420/07, Asunto Apostolides, ECLI:EU:C:2009, pág. 3571:271, (2009).
- . Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 28 de junio de 2012, C-192/12, Asunto West, ECLI:EU:C:2012:404, (2012).
- . Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 28 de marzo de 2000, C-7/98, Asunto Krombach, ECLI:EU:C:2000:164, (2000).
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 12 de octubre de 2011, Asunto Šneersones y Kampanella v. Italia, 14737/09, (2011).
- . Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 7 de junio de 2013, Asunto Raw y otros v. Francia, 10131/11, (2013).
- . Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 18 de junio de 2013, Asunto Povse v. Austria, 3890/2011, (2013).
- . Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 25 de febrero de 2014, Asunto Avotins v. Letonia, 17502/07, (2014).
- . Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 26 de junio de 1992, Asunto Drozd y Janousek v. Francia y España, 12747/87, (1992).
- . Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 30 de junio de 2005, Asunto Bosphorus Airways, 45036/98, (2005).
- . Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, de 23 de mayo de 2016, Asunto Avotins v. Letonia, 17502/07, (2016).