Obtención transnacional de pruebas en la Unión Europea

Kai Ambos
Universidad de Göttingen

Sumario. I. Reconocimiento mutuo versus cooperación judicial tradicional. II. Reconocimiento mutuo y cooperación judicial en materia probatoria. III. Obtención de pruebas y Derecho procesal. IV. ¿Forum o locus regit actum? V. Diferencias estructurales entre los ordenamientos procesales penales europeos. VI. Conclusión: irrenunciabilidad del doble estándar mínimo

Palabras clave. Proceso penal europeo - cooperación judicial - reconocimiento mutuo - obtención transnacional de pruebas

I. Reconocimiento mutuo *versus* cooperación judicial tradicional

1. El tránsito desde un sistema de recíproca cooperación judicial hacia un sistema de reconocimiento mutuo, tal y como propone el "Libro Verde"[1], significa sustituir un *ruego* –en el ámbito normativo de la cooperación judicial, una "solicitud" o "comisión rogatoria" en sentido formal– por un *mandato* –una "orden"[2]–. En la cooperación judicial tradicional un Estado –*solicitante*– le pregunta a otro –*requerido*–, con pleno respeto de su soberanía, si le puede ayudar en un proceso en curso; bien sea a través de la extradición de un sospechoso –gran cooperación judicial–, o bien a través de la adquisición o en su caso obtención de determinadas pruebas –pequeña cooperación judicial[3]–. En el mejor de los supuestos, para una eficiente persecución transnacional de los hechos delictivos existirá un convenio de Derecho internacional público entre los Estados implicados, en virtud del cual surgirá de principio y a favor del Estado solicitante, una pretensión de cooperación

[1] COM (2009), 624 final (accesible en http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/news_consulting_0004_en.htm, fecha de consulta: 5-11-2010).

[2] SPENCER, John R., *Green Paper on obtaining evidence from one Member State to another and securing its admiss.ility. Provisional reactions,* (2010), p. 1; véase también, del mismo, The Green Paper on obtaining evidence from one Member State to another and securing its admiss. ility: the Reaction of one British Lawyer, en *ZIS* 9 (2010), pp. 602-606; VERMEULEN, Gert, DE BONDT, Wendy, VAN DAMME, Yasmin, "EU cross.order gathering and use of evidence in criminal matters" (2010), pp. 13, 19, 33, 68, 102: "shift from merely requesting to a regime in which orders are iss.d", "executing it *as if i(t) was their own decision*" (en cursivas en el original).

[3] Acerca de la diferencia entre *gran y pequeña cooperación judicial,* véase VOGEL, Joachim, vor § 1 IRG , en, GRÜTZNER, Heinrich, KRESS, Claus, PÖTZ, Paul-Günter (eds.), *Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen,* 15ª ed., C.F. Müller, (Heidelberg, 2010), núm. marginal 2.

judicial. De esta manera, los Estados miembros del Consejo de Europa en el marco del "Convenio europeo sobre cooperación judicial en causas penales", de 24-4-1959 (Convenio de 1959[4]) se "obligan" a proporcionarse cooperación "tan ampliamente como sea posible" (art. 1). Según el Convenio de cooperación judicial en el marco de la Unión Europea, de 29-5-2000 (Convenio de 2000[5]), el Estado miembro requerido cumplimentará la solicitud de cooperación judicial "tan rápidamente como le sea posible" (art. 4.2). En todo caso al Estado solicitante le corresponde el papel de peticionario, pues él "pide" cooperación judicial. En un sistema de *reconocimiento mutuo* las cosas se presentan bien distintas: el Estado solicitante *ordena*, por lo que ya no se denomina Estado "solicitante", sino Estado "ordenante" o "requirente". Ahora bien, en materia de cooperación judicial para la obtención de pruebas el principio rector se encuentra en el art. 82.2.a) del Tratado de funcionamiento de la UE (en lo sucesivo, TFUE): "la admisibilidad mutua de pruebas entre los Estados miembros". Anteriormente ya se habían aprobado dos Decisiones marco: sobre la ejecución de decisiones relativas al embargo y aseguramiento de pruebas (Decisión marco sobre aseguramiento de pruebas[6]) y acerca de la obtención de bienes, documentos y datos (Decisión marco sobre orden de prueba europea[7]). Ambas Decisiones marco tienen tan solo una repercusión práctica limitada, en gran medida a causa de la aplicabilidad paralela de los preceptos sobre la cooperación judicial tradicional[8]. Según la Decisión marco sobre aseguramiento de pruebas,

---

[4] Convenio Europeo de 20-4-1959, sobre cooperación judicial en causas penales (accesible en http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=030&CM=8&DF=13/12/2005&CL=GER, fecha de consulta: 5-11-2010), BGBl. II 1964, p. 1369, 1386 II 1976, p. 1799; I 1982, p. 2071.

[5] Acto jurídico del Consejo de la UE de 29-5-2000, sobre la elaboración del Convenio –en virtud del art. 34 del Tratado de la Unión Europea– sobre la cooperación judicial en causas penales entre los Estados miembros de la Unión Europea (2000/C 197/01), DOUE 2000 C Nr. 197, p. 1 (en lo sucesivo, Convenio de 2000). Sobre este particular, AMBOS, Kai, *Internationales Strafrecht*, 2ª ed., (München, 2008), § 12 núm. marginal 21, con nota al pie 16 y s., con otras indicaciones: HACKNER, Thomas, LAGODN, Otto y SCHOMBURG, Wolfgang, WOLF, Norbert, *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen,* (München, 2003), p. 153.

[6] Decisión marco 2003/577/JAI, del Consejo, de 22-7-2003, relativa a la ejecución en la UE de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas, DOUE 2003 L Nr. 196, p. 45.

[7] Decisión marco 2008/978/JAI del Consejo, de 18-12-2008, relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal, DOUE 2007 L Nr. 350, p. 72.

[8] La Decisión marco sobre aseguramiento afecta en primer término sólo a la resolución de aseguramiento dictada por un Estado miembro y que es reconocida por otro (art. 1.5.1; acerca de la transmisión de la resolución de aseguramiento, vid. art. 4.9). La transferencia de los objetos asegurados desde el Estado de ejecución –requerido– al Estado que acordó la resolución –requirente– presupone la correspondiente solicitud por parte de éste (art. 10), y se llevará a

una "decisión de aseguramiento" dictada en un Estado miembro –"Estado decisor"– debe ser reconocida y ejecutada por otro Estado miembro –"Estado de ejecución"– (arts. 1 y 2 de la Decisión marco de aseguramiento de pruebas). En el sistema de la "orden de prueba europea" se trata de una "resolución jurisdiccional" de un Estado miembro –el "Estado ordenante"–, la cual debe "ejecutarse" por otro Estado miembro –"Estado de ejecución"– (arts. 1 y 2 de la Decisión marco sobre orden de prueba). Las "autoridades de ejecución" competentes reconocen la resolución de aseguramiento o en su caso la orden de prueba europea sin más formalismos, adoptando sin dilación todas las medidas necesarias para su ejecución (art. 5. 1 de la Decisión marco de aseguramiento, art. 11 de la Decisión marco de orden de prueba). Si se expandiera el principio rector del reconocimiento mutuo, junto con el "Libro Verde" y la propuesta de una orden de investigación europea[9], más allá de las pruebas que abarca la Decisión marco –ya disponibles–, y se incluyeran las llamadas "informaciones en tiempo real"[10], por ejemplo, el interrogatorio de testigos, la intervención de comunicaciones telefónicas, etc., esto traería como consecuencia un sistema transnacional de adquisición de pruebas en todo el ámbito de la Unión, cuya eficacia traspasaría las fronteras nacionales. Por ejemplo: el interrogatorio de testigos ordenado por un Estado miembro –Estado requirente– es llevado a cabo por otro –Estado requerido o de ejecución–, después trasladado el resultado al primero, y allí finalmente valorado en el correspondiente proceso penal. O un supuesto aún más claro: la intervención de comunicaciones telefónicas en el dormitorio del sospechoso, solicitada por el "Estado requirente", llevada a cabo en el "Estado de ejecución" y cuyo protocolo de intervención y escucha es

cabo en ese sentido de acuerdo con las reglas de la cooperación judicial tradicional. (Cfr. *Belgien/Bulgarien/Estland/Spanien/Luxemburg/Österreich/Slowenien/Schweden*, Iniciativa de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo acerca de la orden de investigación europea en causas penales, de 29-4-2010, Doc. del Consejo 9145/10, p. 3: "Esto conduce a un proceso en dos fases, lo que es perjudicial para la eficiencia del instrumento. Además, junto con esta regulación se mantienen aún los instrumentos tradicionales de cooperación, por lo que las autoridades competentes sólo utilizan en la práctica tal regulación de forma esporádica"). La Decisión marco sobre orden de prueba europea está limitada de partida a los medios de prueba ya existentes, y por lo tanto hace que la cooperación judicial en materia de prueba de corte tradicional no resulte innecesaria (Doc. del Consejo 9145/10, p. 3; ZEDER, Fritz, Gegenwart und Zukunft der gegenseitigen Anerkennung in Strafsachen in der EU, en *Österreichische Juristen-Zeitung* ["*ÖJZ*"], [2009], pp. 992 y ss. esp. pp. 994 y s., y 997).

[9] Compárese con lo expuesto en la nota anterior. La propuesta se ha encontrado con un amplio respaldo de la Comisión; entre tanto, también el Reino Unido se ha adherido a la propuesta (vid. el comunicado de prensa de la Comisión de 24-8-2010, IP/10/1067, accesible en http://europa.eu/rapid/press.leasesAction.do?reference=IP/10/1067&format=HTML&aged=0&language=DE&guiLanguage=en, consultado el 5-11-2010. El análisis de la Comisión puede localizarse en http://ec.europa.eu/justice/news/intro/doc/comment_2010_08_24_de.pdf, consultado el 5-11-2010.

[10] "Libro Verde", nota al pie 1, p. 5.

valorado en el "Estado requirente". A simple vista, un sistema transnacional de obtención y valoración de pruebas de tales características convence sobre todo desde una perspectiva práctica, ya que la persecución penal transfronteriza se vería muy simplificada, pues el vigente sistema fragmentario se vería sustituido por un único instrumento[11]. Ahora bien, ¿es en realidad factible en esta fórmula radical? ¿es necesaria?, y no menos importante: ¿es aceptable en un Estado de Derecho?

2. El argumento principal para el tránsito de la cooperación judicial tradicional al reconocimiento mutuo es el de la *eficiencia*, que puede enunciarse así: La cooperación judicial tradicional es "lenta e ineficiente"[12], y por ello debería ser reemplazada por la técnica más ejecutiva del reconocimiento mutuo. De hecho, se trata de dos argumentos. El primero ha sido tan sólo sostenido por la Comisión, pero no ha sido demostrado, y es discutido por muchos. Así, desde el punto de vista del Gobierno federal los instrumentos tradicionales no resultan "de modo alguno insuficientes", si bien en todo caso carecerían de una "aplicación eficiente", o bien "de una experiencia práctica suficiente", lo que podría remediarse precisamente "a través de un incremento de las experiencias" en este ámbito[13]. También de forma semejante se manifiesta la Cámara Alta alemana[14], BRAK[15] –*Bundesrechtsanwaltskammer*– y su homólogo a nivel europeo, la *European Criminal Bar Association* (ECBA)[16].

---

[11] En este sentido, la mayoría de los Estados miembros también está a favor de este planteamiento, vid. las observaciones de los Estados miembros en http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/news_consulting_0004_en.htm, consultado el 5-11-2010), p. 1; posición del Reino Unido (accesible en loc. supra cit., en el punto 1); "Note from the French authorities" (accesible en loc. supra cit., punto 1). Vid. también Iniciativa orden europea de investigación (nota 8), p. 4. También la Comisión ha visto en ello las "ventajas adicionales" de la propuesta (supra, nota 9). Críticos con la caótica y fragmentada situación jurídica vigente, también VERNIMMEN-VAN TIGGELEN, Gisèle y SURANO, Laura, *Analysis of the future of mutual recognition in criminal matters in the EU, Final Report* (2008); VERMEULEN, Gert, DE BONDT, Wendy y VAN DAMME, Yasmin, ob. cit., pp. 31 y ss. ("overcomplexity").

[12] "Libro Verde", nota al pie 1, p. 5.

[13] Contestación por parte de Alemania de fecha 26-2-2010, p. 2 (accesible en http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/news_consulting_0004_en.htm: los instrumentos jurídicos existentes "de ninguna manera insuficientes", consulta de 5-11-2010); semejante se espera también la réplica de Polonia (accesible en *ídem*, p. 1).

[14] BR-Drs. 906/09, p. 3.

[15] BRAK (Posición acerca del "Libro Verde", de enero de 2010, pp. 3 y 11, accesible en http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/news_consulting_0004_en.htm, consulta de 16-9-2010).

[16] ECBA Statement (accesible en http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/news_consulting_0004_en.htm, consulta de 5-11-2010, sobre este particular, puntos II, III.4. [prácticamente aceptación literal de la postura de BRAK]).

La BRAK exige reiteradamente a la Comisión "que presente sólidos estudios empíricos acerca de los defectos supuestos o reales, así como valoraciones críticas"[17]. Si de hecho tales defectos pudieran ser probados, éstos podrían ser subsanados por medio de medidas concretas dirigidas a tal fin y a través de mejoras puntuales ("step-by-step-approach")[18]. Dicho de forma resumida: mejor pequeños arreglos que llevar a cabo una "heroic surgery"[19]. El segundo argumento manifiesta una gran esperanza en el potencial del rendimiento del reconocimiento mutuo. Ahora bien, su realización apenas puede pronosticarse actualmente con un mínimo de seguridad, ya que hasta ahora sólo existen experiencias suficientes del reconocimiento mutuo[20] con la "orden europea de detención y entrega"[21], pero no concretamente en la cooperación judicial en materia probatoria. Por todo ello, sólo es posible esta de acuerdo con el gobierno federal alemán cuando reclama, en primer lugar, esperar a las experiencias con la Decisión marco sobre orden europea de prueba, y sólo entonces reflexionar sobre su expansión a otros medios de prueba[22]. La BRAK exige incluso que se excluya provisionalmente la transposición de la Decisión marco[23].

II. Reconocimiento mutuo y cooperación judicial en materia probatoria

3. Cuando partiendo de estos fundamentos se reflexiona, siquiera de forma provisional, acerca de la transposición del principio del reconocimiento mutuo a

[17] BRAK (nota 15), pp. 3 y ss. esp. p. 11; vid. también Summary (nota al pie 11), p. 1.

[18] BRAK (nota 15), pp. 3 y ss. esp. pp. 4 y 11.

[19] SPENCER, John R., Green…, ob. cit., p. 3.

[20] Ilustrativa visión de conjunto en forma de cuadro acerca de los instrumentos existentes, en ZEDER, Fritz, ob. cit., pp. 992 y ss. esp. p. 1001.

[21] Decisión marco del Consejo 2002/584/JAI de 13-6-2002 sobre la orden europea de detención y entrega, DOUE 2002 L Nr. 190, p. 1; sobre este particular, más ampliamente AMBOS, Kai, Internationales…, ob. cit., § 12 núm. marg. 56 y ss.; SATZGER, Helmut, *Internationales und Europäisches Strafrecht,* 4ª. Ed. (Baden-Baden, 2010), § 10, núm. marg. 26 y ss. Acerca de la "mutual evaluations on the practical application" de la euroorden, víd. *Eucrim* 2009, pp. 18 y ss. 77 y ss. y 143, con otras indicaciones; 2010, pp. 54 y ss.

[22] Respuestas de Alemania (nota al pie 13), p. 2; semejane BT-Drs. 17/660 de 9-2-2010, Recomendación e Informe de la Comisión jurídica, p. 3; Toma de Posición del Diputado *Montag*, de 22-1-2010, p. 2 (accesible en http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/news_consulting_0004_en.htm, consultado en 5.11.2010). También la Comisión, respecto a la DM sobre aseguramiento es de la opinión de que "sería prematuro" "juzgar la utilidad práctica" (análisis en nota al pie 9, p. 3, columna derecha).

[23] BRAK (nota al pie 15), pp. 3 y ss. esp. p. 9; en semejantes términos ZEDER, Fritz, ob. cit., pp. 992 y ss. esp. p. 1000: suspensión o ampliación del plazo de transposición.

la cooperación en materia probatoria, surge en primer término la pregunta –ya discutida en otro lugar[24]–, de si este principio que trae su origen en la libre circulación de mercancías puede ser trasladado sin más a la cooperación judicial en causas penales. Si en el supuesto de la circulación de mercancías se trata de la expansión de libertades (económicas) a través de una amplia admisión de productos, en el ámbito que a nosotros ahora nos interesa sirve en primer término a la limitación de libertades (políticas) a través de la validez transnacional de medidas de coerción[25], paradigmáticamente demostrado a través de la "orden europea de detención y entrega", la única medida de reconocimiento mutuo que hasta la fecha ha sido utilizada de forma generalizada[26]. En ambos casos, si bien con signos inversos –más *versus* menos libertad– se trata de productos "terminados", sean estos del sistema económico o del sistema de justicia penal, pero en el caso de la cooperación judicial en materia probatoria nos enfrentamos con el problema añadido de que se trata de productos "no terminados", enmarcados en un complejo proceso de elaboración en el que entran en juego medidas encaminadas a la averiguación de la verdad[27]. Mientras que en un caso "sólo" se trata de la cuestión de si una medida "terminada" del Estado miembro (ordenante), por ejemplo, una orden europea de detención, debe ser reconocida por otro Estado miembro (potencial ejecutor) en la forma en que ha sido transmitida ("producto terminado"), en el supuesto de la cooperación judicial en materia probatoria no existe una medida "terminada" comparable; más bien ésta deberá previamente ser elaborada por el Estado de ejecución requerido, como sucede, por ejemplo, en el caso de un interrogatorio judicial de testigos que debe realizarse de un modo anticipado –preconstitución probatoria–.

III. Obtención de pruebas y Derecho procesal

4. La problemática de la transferencia de las pruebas elaboradas de esta manera reside justamente en que el medio de prueba que ha sido obtenido en una determinada fase (*anterior*) del proceso, en el ordenamiento jurídico del lugar de obtención (el Estado requerido), deberá ser utilizado en una fase procesal *posterior* y valorado con otro ordenamiento jurídico (el del Estado solicitante). A través de la transferencia de los medios de prueba no sólo se disgregan la obtención de la

[24] Vid. AMBOS, Kai, *Internationales*…, ob. cit., § 12 núm. marg. 57a con más indicaciones; también crítico, SATZGER, Helmut, ob. cit., § 10 núm. marg. 25.

[25] ZEDER, Fritz, ob. cit., pp. 992 y ss. esp. p. 996 "de un instrumento para la ampliación del espacio de libertad de los ciudadanos se pasa a un instrumento que lo limita (…)".

[26] VERNIMMEN-VAN TIGGELEN, Gisèle y SURANO, Laura, ob. cit., pp. 8 y 36; ZEDER, Fritz, ob. cit., pp. 992 y ss. esp. p. 995.

[27] ROGER, Benjamin, Europäisierung des Strafverfahrens - oder nur der Strafverfolgung? Zum Rahmenbeschlussber die Europäische Beweisanordnung, en *GA* 1 (2010), pp. 27 y ss. esp. p. 31.

prueba y la utilización de la misma, sino que también son *ignorados los específicos principios rectores* de cada una de las etapas procesales de los respectivos ordenamientos jurídicos. Por ejemplo: en el ordenamiento en que se obtiene el medio de prueba se admite el interrogatorio judicial del testigo en la fase de investigación sin presencia de abogado, pero en el ordenamiento jurídico en que se va a valorar este interrogatorio se garantiza tal asistencia letrada ya en esta fase procesal (vid. v.gr.: § 168c apdo. 2 Strafprozessordnung [Ordenanza Procesal Penal Alemana, "StPO"]), y por tal motivo en el plenario esta cuestión se trata con mayor flexibilidad[28]. Además sucede que los medios de prueba se distinguen: en función del tipo de prueba, por el método de obtención de la prueba, así como por su grado de injerencia[29]. Ahora bien, si partimos con GLESS[30] de que el procedimiento probatorio no proporciona una verdad empírica y objetiva con fundamento en conclusiones lógicas necesarias, sino que más bien descansa en juicios de probabilidad más o menos plausibles[31], por lo tanto, en una verdad que es construida normativamente[32], en ese caso los resultados probatorios sólo pueden legitimarse a través del respeto y observancia de ciertas *reglas mínimas*[33] orientadas por los requisitos formales y por el "*fairness*" del proceso; se trata entonces en definitiva de *legitimación a través de procedimiento*, y más concretamente a través de la garantía de la fiabilidad del procedimiento probatorio a través del debido proceso o del proceso con todas las garantías[34]. En los supuestos de obtención de prueba transnacional podría garantizarse tal "*fairness*" y con él la legalidad y la legitimidad

[28] Vid. BRAK (nota 15), pp. 3 y ss. esp. p. 10.

[29] Ilustrativo, BRAK (nota al pie 15), pp. 3 y ss. esp. p. 10, quien pone en duda la posibilidad de que sea factible una "regulación única". En semejantes términos para "specific rules for some types of evidence" la mayoría de los Estados miembros (Summary [nota al pie 11], p. 1, ejemplos en la p. 3, *in fine*). Vid. también VERMEULEN, Gert, DE BONDT, Wendy y VAN DAMME, Yasmin, ob. cit., pp. 13 y ss. esp. p. 33, para los cuales no todas las formas de cooperación judicial tradicional pueden ser reemplazadas por el reconocimiento mutuo, en gran medida por la gran flexibilidad de la cooperación judicial tradicional (vid. supra, nota 4 y texto principal, con remisión al art. 1 párr. 1 del Convenio de 2000: "widest possible measure of assistance").

[30] GLEß, Sabine, *Beweisrechtsgrundsätze einer grenzüberschreitenden Strafverfolgung*, (Baden-Baden, 2006); sobre este estudio *Ambos*, GA 2008, pp. 586 y ss.

[31] GLEß, Sabine, *Beweisrechtsgrundsätze*…, ob. cit., pp. 152 y ss. p. 194, passim.

[32] GLEß, Sabine, ob. cit., *Beweisrechtsgrundsätze*…, p. 150.

[33] GLEß, Sabine, ob. cit., *Beweisrechtsgrundsätze*…, pp. 38 y ss. passim.

[34] GLEß, Sabine, ob. cit., *Beweisrechtsgrundsätze*…, pp. 153 y ss. 195 y ss. Acerca del significado del principio del "*fairness*" como límite a la cooperación y a la utilización, también KRÜßMANN, Thomas, *Transnationales Strafprozesscht*, (Baden-Baden, 2009), pp. 283 y ss. 336 y ss. 660 y s., 682 y ss. 700 y ss.

de las pruebas transferidas, por medio de un control judicial de legalidad previo a la transmisión de las mismas[35].

Si no puede marcarse el acento suficientemente en la observancia del "debido proceso" de todas las medidas de cooperación judicial[36], se le atribuiría en materia de cooperación judicial probatoria al *principio de la doble incriminación* una importancia menor a la que tiene en la extradición, porque no se produciría una injerencia inmediata en la libertad personal del sospechoso[37]. Este presupuesto se presenta como razonable siempre en los casos de injerencias en los derechos fundamentales especialmente gravosas y que provocan límites a las libertades, como es el caso del registro y la confiscación; por eso también se mantiene para estas medidas la doble incriminación en el art. 14 de la Decisión marco sobre orden de prueba europea[38].

5. El dinamismo y, al mismo tiempo, la complejidad de la cooperación judicial en materia probatoria se pone de manifiesto también en la ya expuesta "diversidad de fases" de su procedimiento: solicitud de prueba en el Estado requirente, obtención de prueba en el Estado requerido y a través de éste, transferencia de la prueba del Estado requerido al requirente, utilización de la prueba en el Estado requirente[39]. En todos estos peldaños o fases del procedimiento pueden surgir problemas. Ya en el marco de solicitud u orden de obtención de pruebas por el Estado requirente se plantea la cuestión de si ésta debe cursarse exclusivamente según su propio ordenamiento o si éste, al mismo tiempo –y puesto que se trata

[35] Vid. también BRAK (nota al pie 15), pp. 3 y ss. esp. pp. 5 y 13: examen judicial de legalidad, *fairness* e integridad.

[36] Sobre la importancia como límite a la cooperación judicial y como límite a la utilización, también KRÜßMANN, Thomas, ob. cit., pp. 283, 336 y ss. 660 y s., 682 y ss. 700 y ss.

[37] A favor de renunciar a la doble incriminación por lo tanto, la Iniciativa orden europea de investigación (nota al pie 8); también las autoridades francesas (nota al pie 11), punto 4. VERMEULEN, Gert, DE BONDT, Wendy y VAN DAMME, Yasmin, ob. cit., pp. 13, 33, 55 y ss., ven en la renuncia con fundamento en el catálogo de delitos una característica principal del reconocimiento mutuo, pero no diferencian en función del tipo de medidas concernidas; por lo demás, el reconocimiento mutuo no debe depender de la existencia de uno de los delitos abarcados por éste (*op. et loc. supra cit.*, pp. 15 y 67). Vid. también VERNIMMEN-VAN TIGGELEN, Gisèle y SURANO, Laura, ob. cit., p. 13, con la indicación de que el requisito puede surtir efectos favorables y también desventajosos para los inculpados o los condenados, ya que su falta impide la utilización de las medidas pertinentes.

[38] Análogamente, también el art. 3 de la Decisión marco sobre aseguramiento de pruebas (nota al pie 8). VERMEULEN, Gert, DE BONDT, Wendy y VAN DAMME, Yasmin, ob. cit., p. 107, concluyen en este sentido una disponibilidad general por parte de los Estados miembros consultados (diez), también en los casos en que tienen que prestar cooperación judicial con medidas que suponen una gran injerencia en los derechos fundamentales, precisamente porque por lo general estas medidas tienen que ver con hechos delictivos particularmente graves.

[39] Vid. BRAK, (nota al pie 15), pp. 3 y ss. esp. p. 4.

de la adquisición de pruebas fuera de su jurisdicción– debería considerar anticipadamente el ordenamiento del (potencial) Estado de ejecución. Por ejemplo: orden "ciega" de que se proceda al interrogatorio de un testigo o averiguación previa, quién y cómo debe llevarse a cabo ésta en el potencial Estado de ejecución. Orden "ciega" de intervención de comunicaciones telefónicas, o examen previo, bajo qué presupuestos es admisible una medida de este tipo en el Estado de ejecución (¿con absoluta protección del "núcleo esencial" de desenvolvimiento de la vida privada?[40]). Un examen previo de las posibles fricciones con el Derecho probatorio del Estado de ejecución prevendría de la posible invocación de la "reserva de orden público"[41], también vigente de hecho en un sistema de reconocimiento mutuo, con lo cual a la vez se abordaría el problema nuclear en el marco de la obtención de las pruebas. Ahora bien, el reconocimiento mutuo no elimina todos los impedimentos –ya conocidos en la cooperación judicial tradicional–, aunque su estructura ejecutiva podría hacer presumir otra cosa[42]; simplemente estos impedimentos se llaman ahora de otra manera, a saber: "motivos de denegación del reconocimiento" (arts. 3 y 4 DM de la orden europea de detención), o bien "motivos de no reconocimiento o de no ejecución" (vid. art. 7 DM de aseguramiento de pruebas, art. 13 DM sobre orden de prueba[43]). El reconocimiento mutuo se topa siempre con los límites que imponen los principios constitucionales fundamentales del Estado de ejecución, cuya observancia está también garantizada en el ámbito jurídico de la Unión Europea, especialmente en el art. 82 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)[44], y también en los específicos instrumentos del reconocimiento mutuo (art. 5.1 DM

[40] Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán, 109, 279 = NJW 2004, 999.

[41] A favor, números Estados, por ejemplo, la posición del Reino Unido, en nota al pie 11, punto 1. En cambio, críticos VERMEULEN, Gert, DE BONDT, Wendy y VAN DAMME, Yasmin, *ob. cit.*, pp. 16 y s. y 80, para los cuales la actual "racionalidad" de la reserva descansa en la "*protection" of national security interests and (class.ied) (state) intelligence against interference or unwanted disclosure through criminal investigations*. Sin embargo, éstos deben constatar el apoyo estatal, (*op. et loc. supra cit.*, pp. 80 y ss.).

[42] Por esto, a favor de una minoración de los motivos de rechazo, VERMEULEN, Gert, DE BONDT, Wendy y VAN DAMME, Yasmin, ob. cit., pp. 15, 61 y 67.

[43] Vid. también Iniciativa orden europea de investigación, (nota al pie 8), Art. 10.

[44] "Estas normas mínimas tendrán en cuenta las diferencias entre las tradiciones y los sistemas jurídicos de los Estados miembros" (Art. 82, apdo. 2 TFUE); procedimientos de "frenada de emergencia" por parte de los Estados miembros "cuando un miembro del Consejo considere que un proyecto de directiva contemplada en el apartado 2 afecta a aspectos fundamentales de su sistema de justicia penal" (Art. 82, apdo. 3 TFUE); por eso para VERNIMMEN-VAN TIGGELEN, Gisèle y SURANO, Laura, ob. cit., p. 23, el reconocimiento de las diferencias entre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros es un "principal parameter" del reconocimiento mutuo.

sobre aseguramiento, art. 12 DM sobre orden de prueba)[45]. También en Alemania resulta infranqueable este muro protector fundamentado en la Constitución, ya que el Tribunal Constitucional alemán considera que el Derecho Penal conlleva "una decisión especialmente sensible para el mínimo ético-jurídico"[46], y por ello le han puesto estrechos límites constitucionales a la intervención de la Unión Europea en este ámbito[47].

IV. ¿*Forum o locus regit actum*?

6. Ahora bien, si de todos modos se le añaden al reconocimiento mutuo amplios motivos de denegación del mismo, o incluso se establece una reserva de "orden público" en el sentido expuesto, el resultado será que no nos habremos distanciado mucho de la cooperación judicial tradicional con una regla *forum regit actum*[48], limitada a través del *ordre public* del Estado de obtención requerido[49]. Así, según dispone el art. 4.1 del Convenio de 2000[50] –cooperación judicial *tradicional*– el Estado requerido deberá observar las formas y los preceptos procesales vigentes en el Estado solicitante cuando éste así lo haya comunicado expresamente[51] y además éstos no contravengan los "principios

[45] Art. 5.1.2, última parte de la frase: "no contradecir principios rectores del ordenamiento del Estado de ejecución"; Art. 12, frase 1, *in fine*: "[…] no contravenir principios fundamentales esenciales en el Estado de ejecución". También Iniciativa orden europea de investigación (nota al pie 8), Art. 8.2 ("principios rectores esenciales").

[46] Tribunal Constitucional Alemán, "Neue Juristische Wochenschrift" (NJW) 2009, 2267 ("Sentencia Lisboa"), 2288, núm. marg. 358.

[47] Acerca de la interpretación restrictiva de los nuevos preceptos sobre competencia penal, (Art. 82 y s. TFUE), Tribunal Constitucional Alemán, NJW 2009, 2267, núm. marg. 358 y ss. Vid. también BRAK (nota al pie 15), pp. 3 y 8.

[48] Sobre la ampliación en supuestos de medidas de cooperación judicial tradicional: VERMEULEN, Gert, DE BONDT, Wendy y VAN DAMME, Yasmin, ob. cit., pp. 47 y ss. y 120.

[49] Vid. sobre este particular HEGER, Martin, Europäische Beweiss.herung - Perspektiven der strafrechtlichen Zusammenarbeit in Europa, en *ZIS* 14 (2007), pp. 547 y ss. (pp. 553 y s., y 555); ROGER, Benjamin, ob. cit., pp. 27 y ss. esp. p. 36; SCHÜNEMANN, Bernd y ROGER, Benjamin, Stellungnahme zum Grünbuch der EU-Kommiss.n "Erlangung verwertbarer Beweise in Strafsachen aus einem anderen Mitgliedstaat" (KOM [2009] 624 endg.), en *ZIS* 2 (2010), pp. 92 y ss. esp. pp. 96 y 98.

[50] Vid. supra, nota al pie 5.

[51] Según VERMEULEN, Gert, DE BONDT, Wendy y VAN DAMME, Yasmin, ob. cit., p. 108, no todos los Estados miembros aprovechan esta posibilidad de notificación, lo que demuestra su grado de confianza en el ordenamiento jurídico de los Estados de ejecución. Por otro lado, (p. 109) destacan la necesidad –con la vista puesta en la utilizabilidad en el Estado del foro ordenante/solicitante– de observar tales prescripciones.

jurídicos básicos" del Estado requerido[52]. En semejantes términos, el art. 5.1 de la DM sobre aseguramiento y el art. 12 de la DM sobre orden de prueba europea[53] –¡reconocimiento mutuo!– disponen por regla general la observancia en el Estado de ejecución de las "prescripciones de forma y de procedimiento expresamente indicadas" por el Estado de decisión o Estado requirente, siempre y cuando éstas no contravengan "sus principios jurídicos básicos" o bien "las reglas esenciales de su ordenamiento"[54]. Así pues, nosotros apreciamos lo siguiente: la cooperación judicial tradicional y el reconocimiento mutuo se aproximan en su concreta configuración. Es más, si se toma también en consideración la nada desdeñable lista de motivos de rechazo, o en su caso de fracaso, en los instrumentos normativos de reconocimiento mutuo más relevantes en esta materia (art. 7 DM aseguramiento de pruebas, art. 13 DM orden de prueba europea)[55], y su heterogénea transposición a los distintos ordenamientos nacionales[56], se puede con todo derecho dudar de que el reconocimiento mutuo esté vinculado necesariamente con los beneficios esperados en términos de eficiencia[57]. Incluso

[52] Sobre este particular, BGH en "Strafverteidiger" (StV) 2007, pp. 627 y ss. SCHUSTER, Frank Peter, Anmerkung zu BGH, Beschl. vom 15.03.2007 - 5 StR 53/07 (Verwertung einer französischen Vernehmungsniederschrift, Rechtshilfe in fiskalischen Strafsachen), en *StV* (2008), pp. 396 y ss. esp. p. 398; vid. también SCHLOTHAUER, Reinhold, *Strafprozessle Verwertung selbstbelastender Angaben im Verwaltungsverfahren,* en WESSLAU, Edda y WOHLERS, Wolfgang (eds.), *Festschrift für Gerhard Fezer zum 70.* Geburtstag am 29. Oktober 2008, 2008, pp. 267 y ss. esp. p. 281, con nota al pie 62; BEULKE, Werner, Beweiserhebungs– und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtss.ats und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus, en *Jura* (2008), pp. 653 y ss. esp. p. 663.

[53] Vid. también ROGER, Benjamin, ob. cit., pp. 27 y ss. esp. p. 36.

[54] Véase también *Iniciativa orden europea de investigación,* nota al pie 8, art. 8.2.

[55] Véase también *Iniciativa orden europea de investigación,* nota al pie 8, art. 10.

[56] Se trata de Decisiones marco que aunque en sus resultados finales son vinculantes, se deja a los Estados miembros la posibilidad de elegir la forma y los medios para llevarlas a cabo (art. 34. 2. b) TUE versión anterior). La forma de actuar correcta sería entonces la de "normas mínimas" (art. 82 Abs. 2 TFUE, en relación con el art. 288 TFUE). En general acerca de la problemática y heterogénea transposición de los instrumentos sobre reconocimiento mutuo VERNIMMEN-VAN TIGGELEN, Gisèle y SURANO, Laura, ob. cit., pp. 19 y 52 (con una relación de las legislaciones nacionales en las pp. 89 y ss.), los cuales además denuncian la falta de una evaluación (p. 21); sobre la desigual transposición de la Decisión marco sobre la orden europea de detención y entrega, vid. SATZGER, Helmut, ob. cit., § 10 núm. marg. 31 y ss. con otras indicaciones al respecto.

[57] Vid. también ZEDER, Fritz, ob. cit., pp. 992 y ss. esp. p. 997, quien indica que la DM sobre orden europea de prueba "también en puntos jurídico-políticamente importantes" supone un "paso atrás" en relación con el Convenio de 1959 (nota al pie 2), "en cuanto que se admitiría un rechazo a causa de la no punibilidad en el Estado requerido, a causa de la territorialidad en el Estado requerido y por la infracción del principio ne bis in ídem en sentido amplio, cuando esto según este Convenio sería admisible". Para VERMEULEN, Gert, DE BONDT, Wendy y VAN DAMME, Yasmin, ob. cit., pp. 16 y 79, este "extra-territoriality principle" resulta, como causa

dejando esto aparte, se plantea también el problema –ligado a la regla del foro– de la utilización del Derecho extranjero –del Estado requerido en relación con las normas de procedimiento y formas del Estado requirente–, también en los supuestos de reconocimiento mutuo, cuando éste –como sucede con los preceptos antes citados– recogen la "regla del ordenamiento del foro". De todos modos, el Estado requirente deberá haber "indicado expresamente" su opción por los trámites y procedimientos del Derecho ajeno, el del Estado requerido (art. 4.1 Convenio de 2000, art. 12 DM sobre orden europea de prueba).

7. Si frente a la "regla del Derecho del foro", se quiere orientar el Derecho aplicable, no hacia el Estado que dirige el procedimiento (solicitante), sino en correspondencia con la regla "*locus regit actum*" –la cual, por lo demás, también está prevista en la DM sobre orden europea de prueba[58], mientras que ésta en el ámbito de la cooperación judicial tradicional como principio general sólo se encuentra[59] en el "Convenio Madre" del Consejo de Europa de 1959[60]– hacia el Estado requerido que lleva a cabo la tarea de obtención de la prueba[61], se plantea el problema del Derecho extranjero –aunque en este caso bajo el signo contrario– en el marco de la *utilización de la prueba* en el Estado del foro. Si el Estado

de denegación, un "regrettable mistake". De otro lado, en contra, SCHÜNEMANN, Bernd y ROGER, Benjamin, ob. cit., pp. 92 y ss. esp. p. 94.

58 Art. 11. 2 DM orden de prueba europea (nota al pie 7): "Corresponderá al Estado de ejecución elegir las medidas que, con arreglo a su legislación, garanticen la obtención de los objetos, documentos, o datos solicitados en un exhorto y decidir si es necesario el uso de medidas coercitivas para prestar esta asistencia. Las medidas que resulten necesarias para ejecutar un exhorto se adoptarán siguiendo las normas de procedimiento aplicables en el Estado de ejecución" (la cursiva es añadido del autor); igualmente, art. 6.2 Decisión marco de aseguramiento (nota al pie 8) respecto a la duración del aseguramiento, puede concretarse en relación con las "condiciones adecuadas" en el Estado de ejecución, conforme a "sus prescripciones normativas internas y costumbres"; menos explícito, el art. 5.1 de la Decisión marco de aseguramiento (nota al pie 8): "(...) tomarán de inmediato las medidas oportunas para su ejecución inmediata, del mismo modo que en el caso de una resolución de embargo preventivo de bienes o aseguramiento de pruebas dictada por una autoridad del Estado de ejecución (...)". Igualmente, Iniciativa orden europea de investigación (nota al pie 8), art. 8.1; sobre este particular, también el *Explanatory Memorandum* (accesible en http://www.ecba.org/extdocserv/projects/EEW/2010_InvOrd_explmemorandum.pdf, consultado el 5.11.2010), comentario al art. 8.

59 Vid. art. 3 del Convenio de 1959 (nota al pie 4): "La parte requerida hará ejecutar, en la forma que su legislación establezca, las comisiones rogatorias relativas a un asunto penal que le cursen las autoridades judiciales de la Parte requirente y que tengan como fin realizar actuaciones de instrucción o transmitir piezas probatorias, expedientes o documentos".

60 Ciertas medidas también están previstas en otros instrumentos de cooperación judicial, como por ejemplo, respecto a la intervención de comunicaciones telefónicas en el art. 18.5. b) del Convenio de 2000 (nota al pie 5, vid. VERMEULEN, Gert, DE BONDT, Wendy y VAN DAMME, Yasmin, ob. cit., pp. 44 y ss. con otros ejemplos).

61 La "regla del lugar" es expresión del principio de territorialidad, vid. KRÜßMANN, Thomas, ob. cit., p. 281.

requerido obtiene la prueba exclusivamente según su ordenamiento, el hecho de que después las pruebas obtenidas puedan ser utilizadas en el Estado requirente dependerá de la compatibilidad de su normativa sobre Derecho probatorio con la del otro Estado. Sin embargo, si poniéndonos en el mejor de los supuestos se parte de que los ordenamientos procesales de los Estados miembros de la Unión Europea cumplen en todo caso con las reglas mínimas del "debido proceso"[62] contenidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos –incluso cuando la UE no ha logrado aún ir más allá de la remisión general al CEDH[63], ni fijar de un modo vinculante estándares mínimos procesales penales[64], eso por no hablar de los estándares probatorios, los cuales en último término tampoco se obtienen del CEDH[65]– no deberían existir incompatibilidades con respecto a las garantías básicas necesarias para un "proceso equitativo", sino que éstas estarían más bien limitadas a reglas probatorias de carácter técnico.

V. Diferencias estructurales entre los ordenamientos procesales penales europeos

8. Naturalmente, con lo anteriormente expuesto no se pretende negar que de las diferencias estructurales entre los procesos penales europeos, especialmente de

---

62 Incluso aunque el Convenio Europeo de Derechos Humanos no contiene ninguna regla probatoria explícita, sí establece un parámetro válido en todos los Estados miembros del Consejo de Europa a la hora de adoptar las decisiones de ponderación: el principio del "fair trial" (art. 6) y de esa manera puede servir, como principal sistema de referencia supranacional, para equilibrar los intereses en conflicto en el ámbito de la persecución penal (GLEß, Sabine, ob. cit., *Beweisrechtsgrundsätze…*, pp. 173 y ss.., 190 y ss.).

63 Vid. antes, el art. 6 .2 TUE, y ahora, el art. 6.3 del TUE en la versión del Tratado de Lisboa.

64 Después del fracasado intento durante la presidencia alemana (Doc. del Consejo 16874/06; sobre este particular SATZGER, Helmut, ob. cit., § 10, núm. marg. 51) prevé ahora el Programa de Estocolmo (DOUE 2010 C Nr. 115, pp. 1 a 38) como el primero de seis puntos (*ídem*, p. 4 y ss.; *eucrim* 2009, pp. 122 y ss.) la "promoción de la ciudadanía de la Unión y de los Derechos fundamentales" y en este contexto, entre otros, la creación de estándares mínimos en el ámbito del Derecho procesal penal, con la inclusión del correspondiente "roadmap" de la presidencia sueca de 1-7-2009 (Doc. del Consejo 11457/09) (DOUE 2010 C Nr. 115, supra cit. p. 10); más concretamente JIMENO-BULNES, Mar, The EU Roadmap for Strengthening Procedural Rights of Suspected or Accused Persons in Criminal Proceedings, en *Eucrim* 4 (2009), pp. 157 y ss.; BRODOWSKI, Dominik, Strafrechtsrelevante Entwicklungen in der Europäischen Union - ein Überblick, en *ZIS* 5 (2010), pp. 376 y ss. esp. pp. 377 y s., 379 y s., 38. A favor de la repetida propuesta de un instrumento sobre los Derechos procesales, también VERNIMMEN-VAN TIGGELEN, Gisèle y SURANO, Laura, ob. cit., p. 27.

65 Vid. también nota al pie 62; también GLEß, Sabine, *Replies to Green Paper On obtaining evidence in criminal matters from one Member State to another and securing its admissibility*, September 2007 (*sic*), punto. Disponible en http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0004/civil_society/sabine_gless.n.pdf (consultado el 5.11.2010).

la contraposición entre al proceso de partes adversarial de cuño inglés y el proceso inquisitivo (reformado) dirigido por el juez, de marchamo franco-alemán[66], surgen en ocasiones diferencias esenciales en las concretas medidas de investigación y en su calidad probatoria, ya que justamente éstas –como se ha expuesto *supra*, punto 4º–, conforman una parte integral del proceso penal, y como tal no pueden ser separadas de la metaestructura procesal. Un ejemplo recurrente –no obstante, raras veces analizado con precisión[67]– es el ya aludido *interrogatorio judicial durante la fase de investigación*[68], ya que éste sólo puede ser utilizado en el juicio oral o plenario si el principio de inmediación –válido para todo el territorio de la Unión[69]– (§ 250 StPO) es entendido de un modo amplio. En este sentido, la frecuentemente aludida contraposición entre el procedimiento francés y el inglés, como los más distinguidos representantes del proceso inquisitivo (reformado) y el proceso de partes adversarial, resulta en todo caso exagerada. Si bien en Francia un protocolo o acta del interrogatorio judicial ("procès verbal")[70] puede sustituir el interrogatorio inmediato del testigo[71], esto es por supuesto también posible en otros sistemas de corte inquisitorial (vid. § 251.1. 2 StPO), y además los presupuestos y condiciones son mucho menos claros[72]. Por otra parte, en Inglaterra la *hearsay rule* es mucho

66 En general, acerca del "civil law-common law divide" VERNIMMEN-VAN TIGGELEN, Gisèle y SURANO, Laura, ob. cit., p. 18.

67 Enuncian otros ejemplos de la controversia VERMEULEN, Gert, DE BONDT, Wendy y VAN DAMME, Yasmin, ob. cit., pp. 26 y 129 y ss.: la utilización de los "detectores de mentiras", la provocación hecho por parte de autoridades públicas, o la utilización de testigos anónimos.

68 Sobre este ejemplo recurrente SCHÜNEMANN, Bernd y ROGER, Benjamín, ob. cit., pp. 92 y ss.; SPENCER, John R., Green…, ob. cit., p. 4; Posición del Reino Unido (nota al pie 11), Punto 9 (compárese con Suecia).

69 Se deriva principalmente del derecho de confrontación del art. 6. 3. d) CEDH, vid. AMBOS, Kai, *Internationales…*, ob. cit., § 10 núm. marg. 30 y ss. El CEDH forma parte del derecho de la Unión (Art. 6.3 TUE, nueva versión).

70 PRADEL, Jean, *Manuel de Procédure Pénale*, 14ª ed., (Paris, 2008), p. 629 y s.

71 Véase BARTH, Holger, *Landesbericht Frankreich*, en PERRON, Walter (Ed.), *Die Beweisaufnahme im Strafverfahrensrecht des Auslands*, (Freiburg, 1995), p. 107 y s., según el cual esto sería "una costumbre general de los tribunales", sobre todo en los órganos jurisdiccionales de primera instancia (nota al pie 42). Según VOGLER, Richard, *Criminal Procedure in France*, en VOGLER, Richar y HUBER, Barbara (Eds.), *Criminal Procedure in Europe*, 2ª ed. (Freiburg, 2008), p. 244, no existe ninguna estricta "hearsay rule" y el protocolo o acta del interrogatorio judicial es leído en caso de muerte u otro motivo de indisponibilidad del testigo.

72 PFEFFERKORN, Fabian, *Einführung in das französische Strafverfahren*, (Berlín y otros, 2006), p. 188 ("los concretos presupuestos y consecuencias de esta excepción están particularmente poco claros desde un punto de vista dogmático […]"). De modo diferenciado, en general sobre la validez de la inmediación y la oralidad, también BARTH, Holger, ob. cit., pp. 112 y s.

menos estricta que lo que se considera normalmente[73]; la verdadera diferencia con nuestro proceso inquisitivo reformado –sobre todo vinculada al sistema del jurado– reside en la *inadmissibility* (que produce sus efectos con anterioridad), y no sólo en la imposibilidad de utilizar una prueba prohibida[74].

9. En todo caso, las diferencias que están basadas en la estructura del proceso pueden distinguirse de aquellas que pueden calificarse como *fundadas en valores* o *basadas en diferencias jurídico-culturales y sociológicas*, las cuales justamente en el ámbito del Derecho penal y en su proceso resultan de particular trascendencia[75]. Esto sirve especialmente para las prohibiciones absolutas de utilización, o dicho utilizando categorías angloamericanas, para las reglas de exclusión (*exclusionary rules*)[76], que no pueden exigir una validez supra o transnacional –como por ejemplo la absoluta prohibición de las pruebas obtenidas

[73] La *rule* ya tenía excepciones en el *common law*, que hoy se encuentran codificadas en la "Criminal Justice Act 2003"; por ejemplo, es posible la introducción del acta o protocolo del interrogatorio si los participantes en el proceso están de acuerdo (sec. 114 (1) (c) CJA); sobre toda esta cuestión RICHARDSON, James, en *Archbold Criminal Pleading, Evidence and Practice*, (London, 2009), pp. 1417 y ss. Sobre la admisibilidad en la mayoría de los Estados miembros estudiados, VERMEULEN, Gert, DE BONDT, Wendy y VAN DAMME, Yasmin, ob. cit., pp. 135 y s.

[74] Por eso en los supuestos de "exclusionary rules" se trata de la prohibición de *introducir* las pruebas, porque las pruebas apenas pueden ser introducidas en el juicio oral (vid. CHAO, Yen-Ching, *Einwirkungen der Grundrechte auf die Beweisverbote im Strafprozess.cht: im Hinblick auf die Situation in Taiwan und in der VR China*, [Freiburg, 2009], p. 25), y si bien sobre todo por eso, para que los jurados apenas tengan contacto con ellas y puedan permanecer totalmente "descontaminados" de las mismas (acerca del control judicial previo de "admissibility" de pruebas, LIEBER, Norman, *Schöffengericht und Trial by Jury*, (Berlin, 2010), p. 218; acerca de las "exclusionary rules" en el proceso penal norteamericano, AMBOS, Kai, *Beweisverwertungsverbote*, (Berlin, 2010), pp. 129 y ss.; sobre la protección de los jurados de influencias, en general *Gerding*, Trial by Jury, 2007, pp. 238 y ss.; véase también la posición del Reino Unido (nota al pie 11), punto 9; crítico sin embargo con la conexión entre "jury trial" y "exclusionary rules", MURPHY, Peter, No Free Lunch, No Free Proof. The Indiscriminate Admission of Evidence is a Serious Flaw in International Criminal Trials, en *Journal of International Criminal Justice* 8 (2010), pp. 539 y ss. esp. pp. 545 y s.

[75] BverfG –Tribunal Constitucional Alemán–, NJW 2009, pp. 2267 y ss. p. 2274, núm. marg. 253: "El orden jurisdiccional penal, tanto en lo relativo a los presupuestos de la punibilidad como también en cuanto a los conceptos de proceso penal justo y adecuado, está en función de previas nociones culturales, que se han gestado históricamente y que están también determinadas por la lengua, y por las alternativas que se forman a partir del proceso de deliberación, que afectan a la opinión pública correspondiente". Vid. también núm. marg. 355 (363).

[76] Sobre este particular, vid. supra, nota 74.

bajo tortura[77]–, sino simplemente una validez nacional[78]. Entre estas se cuentan la protección absoluta de un "núcleo esencial del desenvolvimiento de la vida privada"[79], o ciertas inmunidades[80] para grupos profesionales privilegiados, los cuales disfrutan por tal motivo de un derecho a no declarar como testigos (§ 53 StPO). En todo caso, estas reglas son relativas en cuanto que en un ordenamiento jurídico con otra orientación en valores o con otra impronta jurídico-cultural, o sociológica, no se podría pretender sin más su validez, allí donde tal vez el núcleo esencial de lo personal está por principio menos sustraído a la vigilancia estatal, como sucede donde ciertos grupos profesionales disfrutan del privilegio de renunciar a declarar como testigos[81]. Con una Unión Europea en expansión, se puede presuponer cada vez menos que existe un fundamento de valores (de derechos humanos) común, del cual se puedan derivar sin más, ante todo, en un primer metanivel, estándares mínimos en la Europa común para un proceso penal propio de un Estado de Derecho, para así después sobre este fundamento, en un segundo micronivel, desarrollar las reglas fundamentales del procedimiento probatorio en toda la Unión Europea. Las diversas reacciones al "Libro Verde" –desde la aprobación en principio, bajo la reserva de la consecución de reglas

[77] Con respecto a esto, AMBOS, Kai, Die transnationale Verwertung von Folterbeweisen, en *StV* 3 (2009), pp. 151 y ss. (en español en AMBOS, Kai, *Terrorismo, tortura y Derecho penal. Respuestas en situaciones de emergencia,* [Barcelona, 2009], 135 pp. y [Bogotá, 2009]).

[78] También en este sentido, a favor del establecimiento de estándares mínimos, la Cámara de Abogados austriaca (ÖRAK), *Posición sobre el Libro Verde,* de 19-1-2010, p. 3 (accesible en http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/news_consulting_0004_en.htm, consultado el 5.11.2010); también el TEDH ejerce en relación con el Derecho probatorio tan sólo un control ante posibles abusos e incluso permite la valoración de pruebas obtenidas con vulneración de la Convención, si bien con toda precaución ("extreme care"; véase STEDH de 26-3-1996 - 20524/92 - Doorson vs. Niederlande - ÖJZ 1996, pp. 715 y ss. p. 717, núm. marg. 76; Sent. De 2-7-2002 - 34209/96 - S.N. vs. Schweden, RJD 2002-V, núm. marg. 44, 53; BEULKE, Werner, ob. cit., pp. 653 y ss. esp. p. 663; WARNKING, Vera, *Strafprozess.le Beweisverbote in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und ihre Auswirkungen auf das deutsche Recht,* [Frankfurt am Main y otros, 2008], p. 44).

[79] Vid. nota al pie 40.

[80] ¡Reconocidos por la Iniciativa orden europea de investigación (nota al pie 8), art. 10.1.a) como motivos de denegación!, para "mayor protección" análogamente el art. 10.5.e), del Convenio de 2000 (basta el reconocimiento en el Estado requirente o en el de ejecución: "la persona oída tendrá derecho a alegar la dispensa de declarar que tendría al amparo de la legislación, bien del Estado miembro requerido o bien del Estado miembro requirente"), en este sentido BRAK (nota al pie 15), pp. 3 y ss. esp. pp. 4 y 12; críticos, VERMEULEN, Gert, DE BONDT, Wendy y VAN DAMME, Yasmin, ob. cit., pp. 16 y 77, si bien deben constatar el apoyo de los Estados miembros a estos motivos de denegación (*ídem* ob. cit., p. 78).

[81] Acertadamente, GLEß, Sabine, *Replies…,* ob. cit., apdo. 2. punto 8 ("open for discussion whether all members of a defendant's family are entitled to claim this privilege, as well as the priest and the local newspaper journalist").

mínimas (v.gr.: Francia), hasta el rechazo bastante categórico (v.gr.: Alemania)[82]– y las distintas posiciones de los Estados miembros sobre la implementación del principio del reconocimiento mutuo al Derecho probatorio[83], hacen que el resultado sea categóricamente claro. Pero también la experiencia con la abusiva utilización, desde el punto de vista del Estado de Derecho, de la "euroorden" para la transmisión de sospechosos para el interrogatorio de testigos y/o a causa de delitos de escasa entidad[84], permite observar con atención y condenar también todas las mentiras de aquellos que dirigen la política criminal europea con la ficción de la confianza mutua[85].

Tampoco es una muestra de gran confianza recíproca que la admisibilidad de la medida en el Estado requirente se haga sobre explícitos presupuestos de reconocimiento mutuo (art. 7 b) de la DM sobre orden de prueba europea), en vez de confiar el Estado requirente, sin más[86]. Naturalmente la regulación tiene su sentido, ya que previene de la elusión del ordenamiento del Estado requirente, lo que no sería necesario si existiera en la Europa unida un estándar probatorio[87].

---

82 Vid. Summary (nota al pie 11) así como las particulares posiciones (accesible en http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/news_consulting_0004_en.htm, consultado el 16-9-2010).

83 VERMEULEN, Gert, DE BONDT, Wendy y VAN DAMME, Yasmin, ob. cit., pp. 13 y ss. 53 y ss. No obstante, el estudio se basa solo en las respuestas de 10 Estados miembros (*ídem* [nota al pie 2], p. 37).

84 Vid. también VERNIMMEN-VAN TIGGELEN, Gisèle y SURANO, Laura, ob. cit., pp. 9 y s., p. 20. Para el gobierno inglés esto es una infracción del principio de proporcionalidad (Posición del Reino Unido [nota al pie 11], punto 5). Sobre esta plena validez en el marco de la euroorden, OLG Stuttgart, Decisión de 25.2.2010 - 1 Ausl. (24) 1246/09.

85 También críticos en este sentido VERNIMMEN-VAN TIGGELEN, Gisèle y SURANO, Laura, ob. cit.: más bien "climate of suspicion than of mutual trust" (p. 18), confianza "still not spontaneously felt and […] by no means always evident in practice […]" (p. 20).

86 Sobre la discusión, vid VERMEULEN, Gert, DE BONDT, Wendy y VAN DAMME, Yasmin, ob. cit., pp. 98 y ss. esp. p. 100, para los que es un signo de desconfianza que el Estado requirente deba demostrar esto (así, por ejemplo, en supuestos de intervención de comunicaciones telefónicas, art. 18.3 b) y art. 20.3 b) del Convenio de 2000). Acerca de la cuestión (a responder negativamente) de si el Estado requirente, también según su propio Derecho interno, puede solicitar medidas inadmisibles con fundamento en una autorización de Derecho internacional (art. 1 del Convenio de 2000), vid. KRÜßMANN, Thomas, ob. cit., pp. 283 y ss. esp. pp. 331 y s., según el cual esto fracasaría en los sistemas "civil law", porque una petición presupone una norma interna de atribución de competencias, mientras que en el "common law" –menos sistemático– podría deducirse de razonamientos jurídico-constitucionales.

87 Vid. también VERMEULEN, Gert, DE BONDT, Wendy y VAN DAMME, Yasmin, ob. cit., p. 129.

Last but not least, la forma de cooperación que sí está funcionando, los llamados *equipos conjuntos de investigación*[88], apenas puede servir como justificante para afirmar una confianza recíproca. La confianza en el trabajo de estos grupos de investigación no descansa justamente en la confianza en el trabajo de los funcionarios de otros Estados miembros, sino en la confianza en el trabajo de los propios funcionarios que forman parte de esos equipos de investigación.

VI. Conclusión: irrenunciabilidad del doble estándar mínimo

10. Después de todo lo expuesto, debería estar claro que el reconocimiento mutuo en el ámbito de la cooperación judicial en materia de prueba sólo promete un auténtico beneficio en términos de eficiencia, frente a la cooperación judicial tradicional, si se consigue establecer estándares mínimos para toda la Europa común en Derecho probatorio[89], ya que sólo entonces tiene la presupuesta confianza recíproca un fundamento real[90], como justamente muestra el ejemplo del art. 7 b) de la Decisión marco sobre orden de prueba europea, y se podría renunciar así a

[88] Véase sobre este particular, el art. 13 del Convenio de 2000; en cuanto este Convenio no ha sido ratificado por todos los Estados miembros (véase la lista en SCHOMBURG, Wolfgang y GLEß, Sabine, Verttagstabelle, en: SCHOMBURG, Wolfgang, LAGODNY, Otto, GLEß, Sabime. HACKNER y Thomas [Eds.], *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Kommentar,* 4ª ed. (München, 2006), pp. 999 y s. – DM 2002/465/JAI (DOUE de 20-6-2002, Nr. L 162, p. 1); ilustrativo SENSBURG, Patrick, Rechtliche Rahmenbedingungen von Joint Investigation Teams/ Gemeinsamen Ermittlungsgruppen, en *Kriminalistik* (2008), pp. 661 y ss. PLACHTA, Michael, Joint Investigation Teams: A new form of international cooperation in criminal matters, en *Eur. Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 13 (2005), pp. 284 y ss. sobre el proyecto de un "model agreement" *eucrim* 2010, pp. 17 y s.

[89] Sobre las divergencias entre los Estados miembros respecto de estas exigencias, vid. "Summary" (nota al pie 11), p. 3 (question 6). También en este sentido, a favor de una estructura en dos niveles, vid. la respuesta de Polonia (nota al pie 13), p. 3 y s.: en primer lugar, reglas generales sobre prueba, después reglas concretas sobre determinados tipos de pruebas. Como tales garantías esenciales menciona BRAK (nota al pie 15), pp. 3 y ss. esp. p. 10, por ejemplo, la presunción de inocencia, el derecho a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable, y la observancia de inmunidades y privilegios. Como "aspectos clave irrenunciables" exige BRAK, entre otros: la doble legalidad de la obtención de las pruebas (en el estado requirente y en el de ejecución), máximo favorecimiento de inmunidades y privilegios, garantía de los derechos de la defensa en el Estado de ejecución, observancia de los principios jurídicos europeos generales, como sospecha bastante, proporcionalidad, igualdad de armas, recursos efectivos en el Estado de ejecución, control judicial de la transmisión, utilización por lo general sólo en supuestos de obtención y transmisión conforme a derecho, en cuanto no afirmación del *fairness* por valoración global o conjunta (*op. cit.*, p. 4 y ss. 11 y ss.).

[90] Vid. también las autoridades francesas (nota al pie 11), punto 6 ("increase mutual trust"); en general sobre la armonización del Derecho procesal como presupuesto de la confianza, vid. también VERNIMMEN-VAN TIGGELEN, Gisèle y SURANO, Laura, ob. cit., pp. 10 y s., quienes al mismo tiempo proponen medidas necesarias para ir construyendo la confianza (pp. 57 y ss.).

los motivos de rechazo, e incluso quizá hasta la reserva de "orden público". Desde la perspectiva del Estado de Derecho sin embargo, esto presupone en primer lugar –acorde con el sentido de la anteriormente mencionada "estructura a dos niveles" y de las pretensiones del Programa de Estocolmo[91]–, que sean aprobados los estándares mínimos de Derecho procesal penal, que éstos concreten los derechos del CEDH y de la Carta de Derechos Fundamentales[92], o sea, que se vaya más allá del derecho actualmente reconocido a la asistencia de intérprete y de traducción en el proceso penal[93]. Si bien se deduce del art. 82.1 TFUE que en realidad el reconocimiento mutuo sólo entrará en juego ante decisiones jurisdiccionales[94], se puede ver en ello una confirmación de la reserva judicial (alemana) contra la –entre otras– detectada tendencia a adjudicar naturaleza policial a la cooperación[95]; pero esto no cambia nada respecto a la necesidad de lograr los referidos "dobles estándares mínimos" antes de que siga reflexionando sobre el reconocimiento mutuo en Derecho probatorio[96]. Al mismo tiempo se debería tener en el punto de mira, sobre todo, el derecho a una defensa adecuada, lo que en la cooperación judicial en materia probatoria significa concretamente que los respectivos instrumentos

91 Vid. *supra*, nota al pie 66.

92 Véase *supra*, nota al pie 64, y en el texto principal. A favor también la mayoría de los Estados miembros, vid. "Summary" (nota al pie 11), p. 1; VERMEULEN, Gert, DE BONDT, Wendy y VAN DAMME, Yasmin, ob. cit., pp. 21, 105 y 119; también a favor BRAK (nota al pie 15), pp. 3 y ss. esp. pp. 9 y s.; ÖRAK (nota al pie 78), p. 2. Para VERNIMMEN-VAN TIGGELEN, Gisèle y SURANO, Laura, ob. cit., p. 23, el aseguramiento de los derechos individuales es un "principal parameter" del reconocimiento mutuo. También la Comisión reconoce en su posición sobre el proyecto de orden europea de investigación (nota al pie 9), una vez más, la necesidad de tales reglas mínimas (a concretar paralelamente) y critica en su análisis (nota al pie 9, p. 9) en este sentido la propuesta de orden europea de investigación (crítica también con la deficiente consideración de los derechos de la defensa en el "interrogatorio por conferencia telefónica" [Art. 22 Proyecto de Orden Europea de Investigación] p. 34).

93 Vid. COM (2010) 82 final, 9-3-2010.

94 El art. 82 TFUE habla en el párrafo 1, frase 1, y en el párrafo 2, frase 1, del reconocimiento de sentencias y resoluciones "judiciales", y en el apartado (a) del reconocimiento de sentencias y de resoluciones "judiciales". Sobre este particular, vid. también BRAK (nota al pie 15), pp. 3 y ss. esp. p. 11.

95 En contra de la "utilización o transmisión al plano policial", también el *Deutscher Richterbund* –asociación aleman de jueces– ("DRB"), *Posición sobre el Libro Verde*, de 25-2-2010 (accesible en http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/news_consulting_0004_en.htm, consultado el 5.11.2010), cuestión 1.

96 Sobres las posibles opciones, vid. también VERNIMMEN-VAN TIGGELEN, Gisèle y SURANO, Laura, ob. cit., pp. 32 y ss. También art. 82.2 a) TFUE prevé explícitamente la adopción de preceptos de mínimos relativos a la admisibilidad de medios de prueba sobre la base del reconocimiento de directrices (a diferencia de las, en virtud del art. 82.1 TFUE, también posibles directivas, las cuales no están comprendidas en la posibilidad de "freno de emergencia" del art. 82.3 TFUE).

también puedan ser utilizados por la defensa (¡igualdad de armas!)[97]. Naturalmente, tales estándares para la Europa común no se alcanzarán rápidamente[98], pero son el precio que en el Estado de Derecho hay que pagar por el reconocimiento mutuo en materia probatoria. En cuanto a la ya existente Decisión marco sobre orden europea de prueba, en todo caso se deberá prolongar el plazo de transposición, eso si después de todo se quiere mantener la adhesión a la misma[99].

Por lo demás, los otros instrumentos de cooperación judicial en materia probatoria se pueden seguir utilizando sobre el fundamento de los Convenios en vigor –particularmente el Convenio de 2000– con lo que en este sentido deberían producirse mejoras puntuales en el plano operativo, una vez constatadas las concretas deficiencias[100]. Se podría pensar, por ejemplo, en darle al Estado requirente la posibilidad de completar su solicitud, en caso de que se descubran pruebas adicionales en el Estado requerido, de una forma más rápida, o en su caso, de ampliar la solicitud para obtener también esas pruebas adicionales[101]. La regla del "ordenamiento del foro" debería ser, en lo posible, ampliamente utilizada[102].

---

97 Vid. también BRAK (nota al pie 15), pp. 3 y ss. esp. pp. 4 y 13; ÖRAK (nota al pie 78), p. 2. También a favor de un "espacio de defensa europeo", vid. GLESS, Sabine, Europa - eine Herausforderung für die Strafverteidigung, en *StV* 8 (2010), pp. 400 y ss. esp. p. 405.

98 Según el programa de trabajo de la Comisión de 20-4-2010 (COM (2010) 171 final, 20-4-2010) el plan de trabajo para el fortalecimiento de los derechos procesales deberá ejecutarse hasta 2014 (vid. también BRODOWSKI, Dominik, ob. cit., pp. 376 y ss. esp. p. 379). También se puede ver como "germen" (SATZGER, Helmut, ob. cit., núm. marg. 22) de un Derecho procesal penal europeo la posibilidad de la promulgación de una Directiva en virtud del art. 86.1 y 3 TFUE, porque de esa manera se establecería al menos para la futura Fiscalía Europea un procedimiento único y la admisibilidad de pruebas.

99 Vid. también la nota al pie 23.

100 Sobre una mejora de la comunicación en este sentido, por ejemplo, la Posición del Reino Unido (nota al pie 11), punto 9. VERMEULEN, Gert, DE BONDT, Wendy y VAN DAMME, Yasmin, ob. cit., pp. 34, 110 y ss. destacan el significado de la "*institutional capacity*" con miras a la (reforzada) descentralización y "horizontalización" ("*horizontalisation*") de la cooperación.

101 Posición del Reino Unido (nota al pie 11), punto 1: "expedited system of supplemental requests […]".

102 De hecho, asimismo el modelo propuesto por *Schünemann*, entre otros, de una unificación procesal transnacional, en el cual la "regla del foro" solamente se completaría con criterios de determinación de los "Estados competentes para la investigación" –que por supuesto puede realizarse a posteriori–. (Vid. SCHÜNEMANN, Bernd, Art. 2 del Proyecto para una Regulación transnacional del Proceso penal en la Unión Europea, en SCHÜNEMANN, Bernd [Ed.], *Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege*, [Köln, 2006], pp. 1 ss.). A continuación se propone una jerarquía de puntos entrelazados, encabezada por el "principio de territorialidad", los cuales combinan los criterios de "lugar de la acción", "lugar del resultado", "principio del domicilio" (residencia del imputado), localización de los medios de prueba (art. 2.2), con el "punto clave de los hechos penalmente relevantes" (art. 2.3). El Estado competente para la investigación es, por consiguiente, aquel Estado que está más estrechamente vinculado con el hecho, por eso

Como hemos visto, en la cooperación judicial tradicional (art. 4.1 del Convenio de 2000) esta regla se contiene de un modo más estricto que en la Decisión marco sobre orden europea de prueba –único instrumento de reconocimiento mutuo en el ámbito de la cooperación judicial en materia probatoria– porque éste prevé al mismo tiempo la regla del "locus" de ejecución[103]. La utilización de la regla del "foro" se prefiere a la regla del "locus", porque las pruebas obtenidas en el Estado requerido deberán en último término ser utilizadas en el Estado solicitante, en el "del foro"[104], y justamente una mera obtención de pruebas, sin la ulterior posibilidad de utilización, carece de sentido desde el punto de vista procesal penal y represivo[105]. También por eso es poco convincente, frente a las diversas posiciones sobre el Libro Verde[106], y en el marco de la obtención transnacional de pruebas, la estricta separación de la obtención (*gathering, collection*), por un lado, y por otro la utilización (*inadmissibility*) de éstas. En este punto no se puede desconocer que la cuestión de la conexidad entre obtención y utilización de pruebas es entendida de forma distinta en los derechos nacionales[107]. Los intereses del Estado requerido son tenidos en cuenta suficientemente con una

exclusivamente podría ser el competente en el sentido de una "unidad procesal transnacional", y con ello también determina el derecho aplicable en el sentido de la "regla del foro" (vid. art. 2 y ss. del Proyecto, *Schünemann*, *op. et loc. supra cit.*, p. 100; SCHÜNEMANN, Bernd y ROGER, Benjamin, ob. cit., pp. 92 y ss. esp. pp. 93 y s., y 97.

103 Vid. nota al pie 58.

104 Vid. también GLEß, Sabine, ob. cit., *Beweisrechtsgrundsätze*…, pp. 414 y ss., cuya primera condición una justa y fiable transferencia de prueba se debe encontrar en el uso del ordenamiento jurídico. También VERMEULEN, Gert, DE BONDT, Wendy y VAN DAMME, Yasmin, ob. cit. 2), p. 34 (regla del foro "rationale underlying"), pp. 97 y 102.

105 Coincidentes, HEGER, Martin, ob. cit., pp. 547 y ss. esp. p. 551; SCHÜNEMANN, Bernd y ROGER, Benjamin, ob. cit., pp. 92 y ss. esp. p. 96; también VERMEULEN, Gert, DE BONDT, Wendy y VAN DAMME, Yasmin, ob. cit., p. 121.

106 A favor de una estricta separación, por ejemplo, la Posición del Reino Unido (nota al pie 11), antes del punto 1, y en el 9. "Admissibility" se sitúa antes de la "utilización", porque en las "exclusionary rules" (= inadmissibility) la prueba afectada no puede ser en absoluto introducida en el juicio oral para transmitir a los jurados el conocimiento de las mismas (vid. también nota 74).

107 Así, por ejemplo, en el Derecho italiano una obtención de pruebas irregular provoca automáticamente una prohibición de utilización (Art. 191 Codice di Procedura Penale, "Prove illegittimamente acquisite"), mientras que en el Derecho alemán no es exactamente el caso (vid. recientemente BVerfG NJW 2009, 3225, núms. marg. 15, 16; BGH NStZ 2010, 44). En el sistema *common law* dependió en un principio únicamente de la trascendencia de la decisión, sólo a finales del siglo pasado comenzó a tener relevancia la obtención de pruebas de conformidad con el ordenamiento, especialmente desde la perspectiva del *fairness* y de la integridad del proceso, con lo cual finalmente depende de la apreciación del juez el que éste decida excluir o no una prueba (AMBOS, Kai, *Die transnationale*…, ob. cit., pp. 151 y ss. esp. pp. 158 y s., con otras aclaraciones; para referencia española ver supra nota 77).

"reserva de orden público" con la vista puesta en sus principios jurídicos esenciales[108], y el problema de la utilización de Derecho extranjero se puede solventar en cierta medida a través del deber de comunicar los preceptos más relevantes, de tal manera que la correcta utilización de estos preceptos se puede conseguir a través de mejoras en el plano operativo.

[108] Vid. nota al pie 44 y ss. y nota 54.