



PROBATICIUS

DERECHO PROCESAL  
Y DERECHO PROBATORIO

# Prueba, tiempo y espacio

Gianluca Borgia  
Sílvia Pereira Puigvert  
Directores

Jacopo Della Torre  
Jordi Gimeno Beviá  
Coordinadores

© Gianluca Borgia y Sílvia Pereira Puigvert (Dirs.) Jacopo Della Torre y Jordi Gimeno Beviá (Coords.) y autores, 2026  
© ARANZADI LA LEY, S.A.U.

**ARANZADI LA LEY, S.A.U.**

C/ Collado Mediano, 9  
28231 Las Rozas (Madrid)  
[www.aranzadilaley.es](http://www.aranzadilaley.es)

**Atención al cliente:** <https://areacliente.aranzadilaley.es/publicaciones>

**Primera edición:** Enero 2026

**Depósito Legal:** M-632-2026

**ISBN versión impresa:** 978-84-1085-547-2

**ISBN versión electrónica:** 978-84-1085-548-9

Diseño, Preimpresión e Impresión: ARANZADI LA LEY, S.A.U.

*Printed in Spain*

Los manuscritos se seleccionan para su publicación en la presente colección teniendo en cuenta la relevancia del tema, la rigurosidad científica y la originalidad de los resultados obtenidos.

Con el fin de garantizar los estándares de calidad, cada volumen se somete a una revisión por pares y es aceptado por el comité científico de la colección.

© ARANZADI LA LEY, S.A.U. Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, ARANZADI LA LEY, S.A.U., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, [www.cedro.org](http://www.cedro.org)) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

ARANZADI LA LEY no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, o cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, ARANZADI LA LEY se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

ARANZADI LA LEY queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

ARANZADI LA LEY se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

**Nota de la Editorial:** El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de ARANZADI LA LEY, S.A.U., es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

# Índice general

Página

## SECCIÓN I

### PRUEBA Y ESPACIO

#### **NORMA, PROCESO Y ESPACIO. LA INTRÍNSECA VOCACIÓN INTERCULTURAL DE LA JUSTICIA PENAL**

STEFANO RUGGERI .....	31
I. El marco general .....	31
II. La herencia del pasado .....	32
III. Las posibles razones de la ausencia de un debate específico en ámbito procesal .....	34
IV. Consideraciones críticas. La utilidad del <i>Verfahrensanwendungsrecht</i> para contener los excesos del <i>Strafanwendungsrecht</i> .....	35
V. La tendencia a la integración cultural y la necesidad de una orientación constitucional del derecho probatorio transnacional .....	39
VI. Hacia una aproximación <i>trans</i> -nacional a la justicia penal. Consideraciones conclusivas .....	58
VII. Referencias bibliográficas .....	62

## **EL RÉGIMEN DE LAS INVESTIGACIONES TRANSFRONTERIZAS DE LA FISCALÍA EUROPEA Y SU INTERPRETACIÓN POR EL TRIBUNAL DE LUXEMBURGO**

ALEJANDRO HERNÁNDEZ LÓPEZ .....	67
<b>I. Introducción .....</b>	<b>67</b>
<b>II. Régimen jurídico de las investigaciones transfronterizas conforme al RFE .....</b>	<b>69</b>
1. <i>Base jurídica y ámbito de aplicación .....</i>	69
2. <i>Autorización judicial .....</i>	72
3. <i>Ejecución de la medida e impedimentos para la ejecución .....</i>	75
<b>III. La problemática en torno a la necesidad de doble autorización judicial .....</b>	<b>79</b>
1. <i>La opinión de la Fiscalía Europea .....</i>	79
2. <i>La interpretación del Tribunal de Luxemburgo: STJUE de 21 de diciembre de 2023, G. K. y otros .....</i>	82
2.1. <i>Litigio principal y cuestiones prejudiciales planteadas .....</i>	82
2.2. <i>La postura de la Abogada General: existencia de dos interpretaciones posibles .....</i>	84
2.3. <i>El pronunciamiento del Tribunal de Luxemburgo: la efectividad en la persecución de los delitos PIF como criterio determinante .....</i>	86
<b>IV. A modo de conclusión .....</b>	<b>88</b>
<b>V. Bibliografía .....</b>	<b>91</b>

## **IL CONTROLLO GIURISDIZIONALE PREVENTIVO NELLE INDAGINI TRANSFRONTALIERE DELL'EUROPEAN PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE**

VIOLETTE SIRELLO .....	95
<b>I. Una cooperazione <i>sui generis</i> al servizio dell'efficienza investigativa .....</b>	<b>95</b>

	<i><u>Página</u></i>
<b>II. La portata degli art. 31 e 32 Reg. EPPO al vaglio della Corte di Giustizia</b> .....	102
1. <i>Lo scenario di fondo</i> .....	102
2. <i>La questione pregiudiziale nel caso C-281/22</i> .....	105
3. <i>La decisione della Corte di Giustizia</i> .....	107
<b>III. L'inarrestabile cammino dell'armonizzazione</b> .....	110
<b>IV. La <i>never-ending story</i> del controllo effettivo sull'esecuzione degli atti gravemente intrusivi</b> .....	116
<b>V. Nuove sfide in tema di ammissibilità della prova</b> .....	119
<b>VI. Bibliografia essenziale</b> .....	123
 <b>LA APLICACIÓN DE LA ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACIÓN ENTRE FRANCIA Y ESPAÑA</b>	
CHLOÉ FAUCHON .....	133
<b>I. Introducción</b> .....	133
<b>II. Precisiones preliminares: ámbito material y espacial del análisis</b> .....	136
1. <i>La OEI como instrumento de cooperación judicial penal europea</i> .....	136
2. <i>Francia y España en la cooperación penal europea</i> .....	139
<b>III. Análisis de la práctica de las autoridades francesas y españolas</b> .	143
1. <i>Una repartición de competencia juez/fiscal distinta en ambos países</i> .	144
2. <i>Una cooperación todavía en construcción</i> .....	147
2.1. <i>Algunos obstáculos difíciles de superar</i> .....	147
2.2. <i>Jurisprudencia francesa reciente</i> .....	151
2.3. <i>Una interpretación restrictiva por el TJUE</i> .....	153
<b>IV. La capacidad de actuación de la persona sospechosa</b> .....	154
1. <i>¿Puede la persona sospechosa emitir una OEI?</i> .....	155
2. <i>¿Puede la persona sospechosa impugnar una OEI?</i> .....	157
<b>V. Conclusiones</b> .....	159
<b>VI. Referencias bibliográficas</b> .....	162

## **NOVEDADES LEGISLATIVAS EN EL ÁMBITO DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL EN LA UE: ÓRDENES EUROPEAS DE PRODUCCIÓN Y DE CONSERVACIÓN DE PRUEBA ELECTRÓNICA EN PROCESOS PENALES**

BELÉN ROMERO GARCÍA-ARANDA .....	167
<b>I. Introducción .....</b>	<b>167</b>
<b>II. La cooperación judicial penal en el espacio de libertad, seguridad y justicia .....</b>	<b>169</b>
<b>III. La prueba electrónica .....</b>	<b>172</b>
<b>IV. Novedades legislativas en materia de acceso transfronterizo a la prueba electrónica: Reglamento (UE) 2023/1543 y Directiva (UE) 2023/1544 de 12 de julio de 2023 .....</b>	<b>175</b>
<b>V. Orden europea de producción de prueba electrónica .....</b>	<b>182</b>
<b>VI. Orden europea de conservación de prueba electrónica .....</b>	<b>189</b>
<b>VII. Características comunes a la orden europea de producción y a la orden europea de conservación .....</b>	<b>192</b>
<b>VIII. Conclusiones .....</b>	<b>195</b>
<b>IX. Bibliografía .....</b>	<b>196</b>

## **LA ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA OBTENIDA DEL HACKEO DE ENCROCHAT**

JUAN ALEJANDRO MONTORO SÁNCHEZ .....	199
<b>I. Introducción: una nueva era en la investigación del delito ..</b>	<b>199</b>
<b>II. EncroChat: ¿un servicio encriptado de comunicaciones electrónicas inexpugnable? .....</b>	<b>201</b>
1. <i>La operación para el desmantelamiento de EncroChat .....</i>	203
2. <i>El análisis preliminar y el intercambio de la información con las autoridades extranjeras .....</i>	206
<b>III. Análisis de las posibles irregularidades procesales de la operación de desmantelamiento del servicio encrochat .....</b>	<b>208</b>
1. <i>El carácter prospectivo de la investigación: la quiebra del principio de especialidad .....</i>	209

	<u>Página</u>
2. <i>La interceptación masiva de las comunicaciones personales de los usuarios de EncroChat</i> .....	216
3. <i>La transnacionalidad de la intervención de las telecomunicaciones de los usuarios de EncroChat</i> .....	219
4. <i>La barrera del principio de no indagación</i> .....	222
<b>IV. Conclusiones</b> .....	225
<b>V. Bibliografía</b> .....	226

**L'ACQUISIZIONE DELLA MESSAGGISTICA ISTANTANEA NEL PROCEDIMENTO PENALE ITALIANO: PER UNA TASSONOMIA «COSTITUZIONALMENTE E CONVENZIONALMENTE ORIENTATA»**

ALESSANDRO MALACARNE .....	229
<b>I. Introduzione: delimitazione dell'ambito di indagine</b> .....	229
<b>II. Brevi premesse tecnico-informatiche</b> .....	233
<b>III. La riconducibilità delle comunicazioni via <i>chat</i> nella tutela apprestata dall'art. 15 Cost. e dall'art. 8 CEDU</b> .....	235
<b>IV. L'incerta identificazione del <i>corpus comunicandi</i> e dell'<i>animus comunicandi</i> nella realtà cibernetica</b> .....	238
<b>V. Il messaggio «in sospeso»</b> .....	241
<b>VI. Il regime acquisitivo delle comunicazioni lette e archiviate nello <i>smartphone</i></b> .....	242
<b>VII. Osservazioni conclusive</b> .....	247
<b>VIII. Bibliografia</b> .....	249

**LA INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES TELEMÁTICAS EN EL DERECHO PROCESAL PENAL ALEMÁN EN CONTRASTE CON EL ESPAÑOL**

BRIAN BUCHHALTER MONTERO .....	257
<b>I. Introducción</b> .....	258
<b>II. Cuestión previa: el reparto de competencias en la investigación del delito</b> .....	260

	<u>Página</u>
1. <i>Órganos de investigación y persecución del delito</i> .....	260
1.1. La Fiscalía .....	261
1.2. La Policía Judicial .....	261
2. <i>El Juez de garantías en instrucción (y, en su caso, el Tribunal de enjuiciamiento)</i> .....	262
<b>III. Derechos fundamentales afectados</b> .....	262
1. <i>El secreto de las comunicaciones a distancia</i> .....	263
2. <i>El derecho general de la personalidad (allgemeines Persönlichkeitsrecht) y la dignidad humana</i> .....	264
3. <i>Algunos nuevos derechos fundamentales</i> .....	264
3.1. Derecho a la palabra hablada .....	265
3.2. Derecho a la garantía de la confidencialidad e integridad de los sistemas informáticos (cuando la comunicación ha cesado) .....	265
<b>IV. La interceptación de telecomunicaciones en el § 100a StPO</b> ..	266
1. <i>Noción de telecomunicación</i> .....	268
2. <i>Aspectos subjetivos</i> .....	269
2.1. Sospechosos y no sospechosos .....	270
2.2. Las comunicaciones telemáticas con el defensor .....	271
3. <i>Aspectos objetivos</i> .....	272
3.1. Delitos tasados y graves en el caso concreto .....	272
3.2. Grado de sospecha .....	273
4. <i>Aspectos de actividad</i> .....	274
4.1. Tiempo .....	274
4.2. Forma .....	275
5. <i>El principio de proporcionalidad</i> .....	276
<b>V. Algunas cuestiones sobre ilicitud probatoria</b> .....	277
1. <i>Consideraciones generales</i> .....	277
2. <i>El hallazgo casual (Zufallsfunde)</i> .....	280
<b>VI. A modo de conclusión</b> .....	280
<b>VII. Referencias</b> .....	281



## **LAS INTERVENCIONES Y VIGILANCIA TECNOLÓGICA. UNA MIRADA HACIA LATINOAMÉRICA**

MÓNICA MARÍA BUSTAMANTE RÚA .....	285
<b>I. Introducción .....</b>	<b>286</b>
<b>II. Medidas o diligencias de investigación penal tecnológica: la experiencia de España .....</b>	<b>287</b>
<b>III. Medidas o diligencias de investigación penal tecnológica: una asignatura pendiente para Latinoamérica .....</b>	<b>297</b>
<b>IV. El Convenio de Cibercriminalidad en Latinoamérica: adhesiones tardías, reservas e intención de diseño de un mecanismo de cooperación internacional para la región .....</b>	<b>303</b>
<b>V. Intervenciones tecnológicas que afectan derechos humanos: alerta para Latinoamérica .....</b>	<b>312</b>
<b>VI. Vulneración de derechos fundamentales en intervenciones tecnológicas, un riesgo latente en Latinoamérica ante la falta de previsión legal .....</b>	<b>315</b>
<b>VII. Reflexión conclusiva .....</b>	<b>317</b>
<b>VIII. Referencias bibliográficas .....</b>	<b>318</b>

## **PRUEBA Y TECNOLOGÍA EN BRASIL: UNA MIRADA A LA RESOLUCIÓN N. 408, DE 2021, DEL CONSEJO NACIONAL DE JUSTICIA (CNJ) Y EL TRATAMIENTO DE LAS PRUEBAS DIGITALES EN EL SISTEMA DE JUSTICIA**

LARISSA CLARE POCHMANN DA SILVA .....	321
<b>I. Introducción .....</b>	<b>321</b>
<b>II. Prueba y Tecnología .....</b>	<b>322</b>
1. <i>La concepción de la prueba digital .....</i>	<i>322</i>
2. <i>Legislación sobre prueba digital .....</i>	<i>324</i>
3. <i>Validez y fuerza probatoria de los documentos digitales según la legislación y las cortes .....</i>	<i>326</i>
<b>III. La Resolución n. 408, de 2021, del Consejo Nacional De Justicia (CNJ) .....</b>	<b>329</b>
<b>IV. Tratamiento de las pruebas digitales en las cortes .....</b>	<b>331</b>

	<u>Página</u>
1. <i>Civil</i> .....	331
2. <i>Criminal</i> .....	332
3. <i>Laboral</i> .....	333
<b>V. A modo de conclusión</b> .....	333
<b>VI. Referencias</b> .....	334

## LA PRUEBA PROCESAL «SINTÉTICA». EL INICIO DE UNA NUEVA REALIDAD JUDICIAL RESULTADO DE APLICAR LA PARADOJA DE EPIMÉNIDES A LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

AIDA FONSECA DÍAZ y LAURA GARCÍA CUENCA .....	337
<b>I. Introducción</b> .....	338
<b>II. Algunos conceptos técnicos de aplicación al objeto de estudio</b> .....	340
1. <i>Sistemas de Inteligencia Artificial</i> .....	341
2. <i>Minería de datos</i> .....	342
3. <i>Redes neuronales</i> .....	343
4. <i>Big Data</i> .....	344
5. <i>Estrategias o algoritmos de aprendizaje automático o Machine Learning</i> .....	344
5.1. Algoritmos de Aprendizaje Supervisado .....	345
5.2. Algoritmos de Aprendizaje no Supervisado .....	346
<b>III. El Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial</b> .....	348
1. <i>Conceptualización y diferencias entre «sistema» y «modelo» de IA</i> .	348
1.1. Sistema de inteligencia artificial .....	350
1.2. Modelo de Inteligencia Artificial. Diferencias entre sistema y modelo .....	351
2. <i>Los sistemas de alto riesgo</i> .....	353
<b>IV. Principales riesgos de los Sistemas de Inteligencia Artificial</b> .....	357
1. <i>Antropomorfismo</i> .....	357

	<i><u>Página</u></i>
2. <i>Alucinaciones y desorden de información</i> .....	359
3. <i>Sesgo en el entrenamiento de datos y vulneración de datos confidenciales</i> .....	360
<b>V. Retos y desafíos para el derecho probatorio ante el acceso universal a la Inteligencia Artificial. La prueba procesal «sintética»</b> .....	361
<b>VI. Bibliografía</b> .....	368
 <b>LA INCORPORACIÓN DE «DEEPPAKES» EN EL PROCEDIMIENTO PROBATORIO</b>	
SILVIA BADIOLA COCA .....	371
<b>I. Introducción</b> .....	371
<b>II. Los deepfakes a examen</b> .....	375
1. <i>Los deepfakes: concepto y tipología</i> .....	375
2. <i>El proceso creativo de deepfakes</i> .....	379
3. <i>Métodos de detección de deepfakes</i> .....	381
<b>III. La incorporación de deepfakes como prueba en el proceso</b> ..	385
1. <i>Introducción</i> .....	385
2. <i>Los deepfakes como prueba en el proceso</i> .....	387
2.1. <i>Introducción</i> .....	387
2.2. <i>La incorporación de deepfakes como prueba en el proceso</i> .....	389
3. <i>Herramientas para combatir el uso de deepfakes como prueba en el proceso</i> .....	392
3.1. <i>Introducción</i> .....	392
3.2. <i>El peritaje informático</i> .....	393
3.3. <i>Herramientas jurídico-procesales para combatir el uso de deepfakes en el proceso</i> .....	396
<b>IV. Conclusiones</b> .....	397
<b>V. Bibliografía</b> .....	398

## LA DECLARACIÓN DE TESTIGOS EN ESPAÑA EN 2025 EN PROCEDIMIENTOS CIVILES Y MERCANTILES: PRESENCIAL, POR MEDIOS TELEMÁTICOS, ¿HOLOGRAMAS?

JORGE AZAGRA MALO y ADRIÁN VILÀ MONTOYA .....	403
<b>I. Introducción</b> .....	404
<b>II. Marco normativo</b> .....	406
1. <i>Marco legal antes de la pandemia</i> .....	406
2. <i>Cambio de paradigma con la pandemia ocasionada por el COVID-19</i> .....	409
3. <i>Introducción de la preferencia por las vistas telemáticas mediante el Real Decreto-ley 6/2023</i> .....	413
<b>III. Observaciones personales sobre la práctica de las declaraciones testificales</b> .....	415
1. <i>Tendencia generalizada a volver al presencialismo</i> .....	416
2. <i>Coste de oportunidad de las declaraciones presenciales de escasa duración</i> .....	416
3. <i>El número de testigos que suele declarar en un juicio es limitado</i> .....	417
4. <i>No todas las declaraciones testificales son iguales</i> .....	418
<b>IV. Reflexiones finales sobre la práctica telemática de la declaración de testigos</b> .....	419
1. <i>Sostenibilidad, lucha contra el cambio climático y ahorro de costes</i> ..	419
2. <i>La fatiga asociada a la videoconferencia</i> .....	420
3. <i>Nuevas oportunidades</i> .....	422
<b>V. Conclusión</b> .....	424
<b>VI. Bibliografía</b> .....	425

## LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA PERSONAL POR MEDIOS TELEMÁTICOS: ¿LIMITACIÓN O REFUERZO DEL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN?

CARLA BALLARÍN PÉREZ .....	427
<b>I. Consideraciones previas</b> .....	428

	<i>Página</i>
<b>II. Interpretación clásica del principio de inmediación como elemento de percepción directa del juzgador .....</b>	<b>430</b>
<b>III. Cambio de paradigma en la forma de realizar actos procesales: nueva perspectiva a la luz del Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre .....</b>	<b>433</b>
1. <i>Reforma de la LEC .....</i>	<i>434</i>
2. <i>Reforma de la LECrim .....</i>	<i>436</i>
3. <i>Disposiciones comunes: la necesaria dotación de medios técnicos adecuados .....</i>	<i>437</i>
<b>IV. El rol del principio de inmediación en la práctica de la prueba personal por medios telemáticos .....</b>	<b>439</b>
1. <i>Remisión al criterio jurisprudencial del Tribunal Supremo .....</i>	<i>440</i>
2. <i>Irregularidades procesales e indefensión: tratamiento jurisprudencial .....</i>	<i>443</i>
2.1. <i>Limitaciones técnicas y procedimentales .....</i>	<i>444</i>
2.2. <i>Dificultad de control judicial sobre el entorno del declarante .....</i>	<i>447</i>
2.3. <i>Nulidad de actuaciones y efectiva indefensión .....</i>	<i>450</i>
<b>V. Reflexiones finales: sobre la necesidad de reconsiderar la intermediación .....</b>	<b>451</b>
<b>VI. Bibliografía .....</b>	<b>458</b>

## VALORACIÓN ALGORÍTMICA DE LA PRUEBA EN APELACIÓN: IMPLICACIONES DE LA IA EN EL PROCESO CIVIL

PAULO RAMÓN SUÁREZ XAVIER .....	463
<b>I. Introducción .....</b>	<b>463</b>
<b>II. Breves incursiones sobre la prueba en el proceso civil .....</b>	<b>465</b>
<b>III. Medios de prueba, práctica probatoria y valoración judicial ..</b>	<b>466</b>
<b>IV. Derecho a la prueba: fundamento constitucional y límites ...</b>	<b>469</b>
<b>V. Perspectivas comparadas: sistemas continental vs. Anglosajón y otras tradiciones .....</b>	<b>471</b>
<b>VI. Sobre la apreciación de la prueba .....</b>	<b>475</b>

	<i>Página</i>
VII. Justicia predictiva y apreciación de la prueba .....	477
VIII.A modo de conclusión: justicia predictiva y segunda instancia. Apuntes relevantes .....	480
IX. Bibliografía .....	482

**PRUEBA TRANSNACIONAL DE LA EFICACIA DEL COMPLIANCE PROGRAM. ¿UNA NECESIDAD DE APROXIMACIÓN LEGISLATIVA EN EL ESPACIO EUROPEO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA?**

ANA MARÍA VICARIO PÉREZ .....	483
I. Introducción .....	484
II. El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la UE y la delincuencia atribuible a las personas jurídicas .....	485
III. Las personas jurídicas en la UE ¿Responsables de delitos cometidos por sus miembros? .....	490
1. Características del régimen de responsabilidad de las personas jurídicas en la UE .....	490
2. Normas de responsabilidad de las personas jurídicas en las legislaciones penales o administrativas nacionales .....	493
IV. Sobre la inexistencia de previsiones en materia de <i>compliance</i> penal en las normas europeas .....	496
V. Necesidad de aproximar las legislaciones nacionales en materia de <i>compliance</i> . Problemas probatorios .....	499
VI. Propuesta de aproximación legislativa de los ordenamientos nacionales en materia de <i>compliance</i> .....	502
VII. A modo de reflexión final .....	505
VIII.Bibliografía .....	506

**LA DIRECTIVA (UE) 2024/1213 RELATIVA A LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE MEDIANTE EL DERECHO PENAL Y SU REPERCUSIÓN EN LA COOPERACIÓN JUDICIAL EUROPEA**

CELIA CARRASCO PÉREZ .....	511
I. Introducción .....	512

	<u>Página</u>
<b>II. El desarrollo de la política medioambiental de la Unión Europea</b>	515
1. <i>La influencia del compromiso internacional medioambiental en el Derecho europeo</i>	517
2. <i>La Unión Europea en la tutela del medio ambiente</i>	520
<b>III. La intervención de la cooperación judicial penal en materia medioambiental</b>	524
1. <i>La delincuencia medioambiental: el medio ambiente como mercado criminal en la Unión Europea</i>	526
2. <i>La búsqueda de la aproximación legislativa en materia medioambiental: la Directiva (UE) 2024/1213 relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal</i>	529
<b>IV. La responsabilidad penal medioambiental de las personas jurídicas y su implicación en la política europea de diligencia debida y sostenibilidad</b>	531
<b>V. Conclusiones</b>	536
<b>VI. Bibliografía</b>	537

## EXPERIENCIA PRÁCTICA EN LA APLICACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS DE RECONOCIMIENTO MUTUO EN MATERIA PENAL: MR2.0

SERENA CACCIATORE	541
<b>I. MR2.0: significado y objetivos</b>	541
1. <i>Metodología aplicada</i>	545
2. <i>La aplicación de los instrumentos de reconocimiento mutuo en materia penal</i>	547
<b>II. Experiencia práctica de los profesionales</b>	554
<b>III. Reflexión final</b>	560
<b>IV. Bibliografía</b>	561

## SECCIÓN II

### PRUEBA Y TIEMPO

#### ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA DEL PORTEADOR MARÍTIMO EN RELACIÓN CON LA CLÁUSULA DE JURISDICCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS DE EMBARQUE (ART. 25 RBI BIS, ART. 23 CONVENIO DE LUGANO II, ART. 22 BIS LOPJ Y ART. 468 LENMAR)

FRANCISCO DE BORJA LANGELAAN OSSET .....	567
<b>I. El transporte marítimo de mercancías y su actividad probatoria .....</b>	<b>568</b>
<b>II. Actividad probatoria en relación con el RBI bis y el Convenio de Lugano .....</b>	<b>572</b>
1. <i>Consideraciones generales y elementos probatorios .....</i>	572
2. <i>Reflexión sobre los requisitos formales del art. 25 RBI bis .....</i>	573
<b>III. Actividad probatoria en relación con el art. 468 LENMAR ...</b>	<b>576</b>
1. <i>Cuestiones generales e indeterminación de sus exigencias .....</i>	576
2. <i>El consentimiento mediante click sobre los términos y condiciones del porteador .....</i>	578
2.1. Concepto .....	578
2.2. Ejemplos jurisprudenciales .....	578
3. <i>El acuerdo independiente de sumisión expresa .....</i>	580
3.1. Concepto .....	580
3.2. Aspectos problemáticos .....	581
3.3. Aplicabilidad de normas sustantivas civiles y mercantiles .....	582
3.4. Consideraciones finales .....	584
<b>IV. La aseguradora no puede desconocer la cláusula de jurisdicción .....</b>	<b>585</b>
<b>V. Conclusiones .....</b>	<b>588</b>
<b>VI. Bibliografía .....</b>	<b>590</b>



## **PRUEBA, TIEMPO Y ESPACIO EN LA TRAMITACIÓN DE PROCEDIMIENTOS CONEXOS**

ÁNGELA PILAR FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ .....	593
<b>I. Prueba y tiempo en la tramitación de procedimientos conexos .</b>	<b>593</b>
1. <i>Prueba y decisión de separación</i> .....	593
1.1. Atenuante de dilaciones indebidas .....	594
2. <i>Prueba y plazos de instrucción</i> .....	595
2.1. Consecuencias del transcurso de los plazos .....	596
A. En el juicio de acusación .....	597
B. En la prueba del juicio oral .....	598
C. En las diligencias complementarias .....	600
D. En la declaración del investigado .....	600
2.2. Dies a quo para el cómputo de plazos en procedimientos conexos .....	603
A. En supuestos de acumulación .....	604
B. En supuestos de separación .....	605
<b>II. Prueba y espacio en la tramitación de procedimientos conexos .</b>	<b>607</b>
1. <i>La sentencia penal como medio de prueba</i> .....	608
2. <i>Incorporación del material probatorio de un proceso a otro</i> .....	608
2.1. En la fase de instrucción .....	609
A. Limitación al uso de la información .....	610
2.2. En la fase de juicio oral .....	615
3. <i>Otras alternativas para favorecer la coherencia</i> .....	618
<b>III. Bibliografía .....</b>	<b>621</b>

## **PERITAJES EN LA MEDICINA DE GÉNERO EN EL DELITO DE VIOLENCIA GINECO OBSTÉTRICA**

DR. NIMROD MIHAEL CHAMPO SÁNCHEZ y MTRA. LIDIA INÉS SERRANO SÁNCHEZ .....	625
<b>I. Introducción .....</b>	<b>625</b>

	<i><u>Página</u></i>
<b>II. Género y mujer</b> .....	626
<b>III. Violencia contra la mujer</b> .....	633
<b>IV. La violencia obstétrica en el derecho mexicano</b> .....	638
<b>V. La medicina de género</b> .....	646
<b>VI. Peritajes en la medicina de género en el delito de violencia gineco obstétrica</b> .....	653
<b>VII. Conclusiones</b> .....	656
<b>VIII. fuentes</b> .....	657

## **EL SILENCIO DEL SUJETO PASIVO DEL PROCESO PENAL COMO INDICIO DE CULPABILIDAD: ¿VULNERACIÓN DE UN DERECHO FUNDAMENTAL O VALORACIÓN PROBATORIA LÍCITA?**

<b>KARLA ALVARADO CARRION</b> .....	663
<b>I. Introducción</b> .....	663
<b>II. Conceptos clave y consideraciones iniciales</b> .....	664
1. <i>El sujeto pasivo del proceso: Definición y alcance</i> .....	665
2. <i>El derecho al silencio: Naturaleza y manifestaciones</i> .....	667
2.1. <i>Dimensión temporal: El silencio en las distintas fases del proceso</i> .....	669
2.2. <i>Dimensión material: Silencio total versus silencio parcial</i> .....	670
<b>III. El silencio como derecho fundamental en el ordenamiento jurídico</b> .....	671
1. <i>El derecho al silencio como expresión del derecho de defensa</i> ....	672
1.1. <i>La Defensa letrada: Garantía de representación profesional</i> .....	674
1.2. <i>La autodefensa: Empoderamiento del sujeto pasivo</i> .	676
2. <i>Del derecho natural al derecho positivo: Legitimando el silencio</i> .	677
<b>IV. Análisis jurisprudencial de la valoración del silencio en el proceso penal</b> .....	680

	<i><u>Página</u></i>
1. <i>Caso paradigmático y su impacto en la doctrina legal</i> .....	680
1.1. Caso John Murray contra Reino Unido .....	680
A. Hechos .....	680
B. Antecedentes del Recurso .....	682
C. Postura del Tribunal .....	683
2. <i>Criterios jurisprudenciales sobre la interpretación del silencio a nivel español</i> .....	684
<b>V. Conclusiones y propuestas</b> .....	687
<b>VI. Bibliografía</b> .....	689
 <b>EL RECURSO DE REVISIÓN PENAL POR ELEMENTOS DE HECHO O DE PRUEBA SOBREVENIDOS (ART. 954.1.D LECRIM): FUNDAMENTOS E IDONEIDAD DE LOS MEDIOS DE PRUEBA</b>	
DR. GABRIEL CARO HERRERO .....	693
<b>I. Planteamiento</b> .....	693
<b>II. El recurso de revisión penal. Notas esenciales</b> .....	694
<b>III. Fundamento del motivo de revisión del art. 954.1.d) LECRIM: entre el error y la presunción de inocencia</b> .....	697
1. <i>El error judicial como fundamento</i> .....	698
2. <i>La «fuerza irradiante» de la presunción de inocencia</i> .....	703
3. <i>Toma de posición y síntesis</i> .....	707
<b>IV. Hechos y elementos de prueba</b> .....	708
1. <i>Diferencia y precisiones</i> .....	708
2. <i>En torno a su conocimiento sobrevenido</i> .....	711
<b>V. Dimensión material del medio de prueba: alcance convictivo y juicio de valoración</b> .....	713
1. <i>La idoneidad del medio de prueba: finalidad pretendida</i> .....	714
2. <i>La valoración de la idoneidad en los distintos medios de prueba</i> ..	715
2.1. <i>La prueba documental</i> .....	715
2.2. <i>Prueba pericial</i> .....	718
2.3 <i>La prueba testifical</i> .....	721

3. <i>Síntesis: apuntes para el correcto juicio sobre la idoneidad de los medios probatorios en revisión</i> .....	722
<b>VI. Una reflexión final</b> .....	725
<b>VII. Bibliografía</b> .....	726

## **LA PRUEBA Y LA SEGURIDAD NACIONAL**

ANTONIO VASCO GÓMEZ .....	729
<b>I. Introducción</b> .....	729
<b>II. El concepto de seguridad nacional</b> .....	730
<b>III. El control judicial de la seguridad nacional</b> .....	733
<b>IV. Afectación a la proposición y a la práctica de la prueba</b> .....	742
<b>V. Conclusiones</b> .....	748
<b>VI. Referencias bibliográficas</b> .....	750
<b>VII. Anexo de jurisprudencia</b> .....	751

## **SIGILO SACRAMENTAL Y VERDAD: LA DICOTOMÍA EN EL PROCESO PENAL**

LUIS ALONSO HAGELSIEB DÓRAME .....	753
<b>I. Introducción</b> .....	753
<b>II. Sigilo sacramental</b> .....	754
1. <i>Alcances del sigilo sacramental</i> .....	757
<b>III. Objeto y fines del proceso penal</b> .....	758
1. <i>Esclarecimiento de los hechos</i> .....	759
<b>IV. Prueba</b> .....	763
1. <i>Ilicitud probatoria</i> .....	768
2. <i>Efectos de la exclusión probatoria</i> .....	771
<b>V. Conclusiones</b> .....	774
<b>VI. Bibliografía</b> .....	775

nes resultan necesarias como bases del análisis (II). Estos primeros elementos permiten luego profundizar en la aplicación concreta de la OEI entre ambos países (III). Desde el punto de vista de las autoridades penales, se puede adelantar que el balance es bastante positivo. Sin embargo, cuando uno se interesa por la situación de la persona sospechosa, la conclusión es mucho más matizada (IV). Para cerrar el análisis, se esbozan algunas conclusiones generales (V).

## II. PRECISIONES PRELIMINARES: ÁMBITO MATERIAL Y ESPACIAL DEL ANÁLISIS

A efectos de analizar la aplicación de la OEI entre Francia y España, dos elementos merecen explicaciones preliminares. Por un lado, es necesario recordar qué es la OEI y cómo se inserta en el panorama más amplio de la cooperación judicial penal de la Unión (1). Por otro lado, no se puede entender la fluidez de la aplicación de la OEI entre España y Francia sin tener en mente las relaciones especiales que mantienen ambos países y el papel que han jugado en la construcción de la cooperación judicial penal de la Unión Europea (2).

### 1. LA OEI COMO INSTRUMENTO DE COOPERACIÓN JUDICIAL PENAL EUROPEA

Como ya se ha mencionado, el mecanismo de la OEI se creó en 2014. El objetivo de este instrumento era facilitar la obtención de pruebas en otro Estado miembro, en el marco de procesos penales<sup>11</sup>. Se substituyó al antiguo exhorto europeo de obtención de pruebas, instaurado por una decisión marco de 2008, pero que nunca llegó a aplicarse plenamente<sup>12</sup>. En el artícu-

---

11. Para los lectores que desconocieran la OEI, el artículo redactado por Maite de la Parte Polanco algunos meses después de la adopción de la directiva es muy recomendable, por su carácter sumamente pedagógico (DE LA PARTE POLANCO, M., «Algunas cuestiones sobre la Orden Europea de Investigación», *Revista Aranzadi Digital*, parte Estudios y comentarios, n.º 1 [2015]).

12. La Decisión-Marco 2008/978/JAI solamente fue transpuesta en seis Estados miembros, entre los cuales España, pero tardíamente, en 2014. Francia nunca adoptó ninguna medida de transposición. Para hacerse una idea del contenido de la decisión-marco, se puede ver BACHMAIER WINTER, L., «El exhorto europeo de obtención de pruebas en el proceso penal. Estudio y perspectivas de la propuesta de Decisión Marco», en Armenta Deu, T. (coord.), *El derecho procesal penal en la Unión Europea. Tendencias actuales y perspectivas de futuro*, Colex, 2006, pp. 131-178.

lo 1.1 de la directiva de 2014, la OEI se define como una «resolución judicial emitida o validada por una autoridad judicial de un Estado miembro para llevar a cabo una o varias medidas de investigación en otro Estado miembro con vistas a obtener pruebas», o «para obtener pruebas que ya obren en poder de las autoridades competentes del Estado de ejecución»<sup>13</sup>. Esta segunda finalidad es una novedad de la DOEI: con ella se pueden solicitar pruebas ya obtenidas, y no sólo la práctica de medidas de investigación. Obviamente, esta hipótesis puede plantear problemas en el caso en que las pruebas se hayan obtenido en el Estado A de una forma que no sea conforme con las leyes del Estado B, pero esta cuestión, vinculada con la aproximación de las reglas de admisibilidad, excede nuestro estudio<sup>14</sup>.

Si bien la OEI es innovadora en cuanto a su ámbito de aplicación material y representa el primer instrumento de la Unión Europea en materia probatoria penal que funciona, tampoco se trata de un instrumento que revolucione la cooperación judicial europea. En efecto, como lo establece el artículo 1.2 DOEI, «los Estados miembros ejecutarán una OEI sobre la base del principio de reconocimiento mutuo» (énfasis mío). Y bien sabemos que el principio de reconocimiento mutuo no es nada nuevo, sino que existe desde hace décadas en el mercado único de la Unión Europea<sup>15</sup> y que el

- 
13. La diferencia cuantitativa entre la literatura española y francesa sobre la OEI es sorprendente: en Francia, no se ha publicado ninguna obra, monográfica o colectiva, relativa al instrumento europeo, mientras que son varias en España (entre otras, MARTÍNEZ GARCÍA, E., *La Orden Europea de Investigación. Actos de Investigación, Ilicitud de la Prueba y Cooperación judicial transfronteriza*, Tirant lo Blanch, 2016; DOMÍNGUEZ RUIZ, L., *La Orden Europea de Investigación. Análisis legal y aplicaciones prácticas*, Tirant lo Blanch, 2019; GONZÁLEZ CANO, M. I. [coord.], *Orden Europea de Investigación y Prueba Transfronteriza en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, 2019). La misma conclusión se puede sacar al comparar el número de artículos de revista.
  14. En español, se puede ver la amplia monografía de Carmen Rodríguez-Medel Nieto (*Obtención y admisibilidad en España de la prueba penal transfronteriza: de las comisiones rogatorias a la orden europea de investigación*, Thomson Reuters Aranzadi, 2016). A nivel europeo, ver LIGETI, K., GARAMVÖLGYI, B., y otros, «Admissibility of evidence in criminal proceedings in the EU», *Eucrim*, n.º 3 (2020), pp. 201-208; BACHMAIER WINTER, L., «Mutual admissibility of evidence and electronic evidence in the EU: a new try for European minimum rules in criminal proceedings?», *Eucrim*, n.º 2 (2023), pp. 223-229.
  15. Desde que lo estableció el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en la famosa sentencia *Cassis de Dijon* (TJCE, *Rewe-Zentral*, 20 feb. 1979, asunto 120/78). Ver GLOVER, H., «Caso Cassis de Dijon», *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, n.º 23 (1998), pp. 14-17; ARROYO JIMÉNEZ, L., UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, D., «El reconocimiento mutuo en el derecho del mercado interior», *Cátedra Jean Monnet. Derecho Administrativo Europeo y Global*, n.º 3, 2017.

Consejo Europeo de Tampere, en 1999, lo identificó como «la piedra angular de la cooperación judicial»<sup>16</sup>. Es decir, la OEI se apoya en un método jurídico ya conocido y comprobado. En otros términos, la OEI es un instrumento clásico de la cooperación judicial penal de la Unión Europea.

Ahora bien, tal afirmación no le quita interés ni mérito a la OEI. Básicamente, se puede decir que su adopción y consecutiva aplicación han supuesto un punto de inflexión en el Derecho probatorio europeo en materia penal. En efecto, antes de que existiera la OEI, los jueces debían recurrir a las comisiones rogatorias. Bien es cierto que el Convenio europeo de asistencia judicial penal de 1959 contenía varias disposiciones relativas a las comisiones rogatorias, que facilitaban su transmisión y ejecución en los países del Consejo de Europa<sup>17</sup>, sobre todo permitiendo una actuación «de juez a juez». Sin embargo, las comisiones rogatorias no contaban con la sencillez y celeridad de los instrumentos de cooperación establecidos por la Unión Europea en aplicación del principio de reconocimiento mutuo. No por ser antiguo y frecuentemente criticado<sup>18</sup>, dicho principio lo tiene todo incorrecto; la circulación de pruebas en el Espacio judicial europeo ha mejorado mucho, en términos de fluidez, con la adopción de la DOEI.

En resumen, la OEI es un instrumento emblemático de la cooperación judicial penal de la Unión Europea por tres razones principales. En primer lugar, en el sentido de que se apoya en el principio clave de dicha cooperación, incluso principio clave del Espacio de libertad, seguridad y justicia<sup>19</sup>.

---

16. Punto 33 de las conclusiones del Consejo de Tampere, que se pueden encontrar en línea: [https://www.europarl.europa.eu/summits/tam\\_es.htm](https://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm) (consulta: 13/09/2024).

17. Artículos 3 a 6, especialmente.

18. En materia de cooperación penal, se critican sobre todo la automaticidad del principio de reconocimiento mutuo y la confianza mutua subsiguiente que, de alguna forma, la Unión Europea impone, con más flexibilidad últimamente, entre las autoridades judiciales a pesar de las dudas que existen relativas al respeto de los derechos fundamentales en todos los Estados miembros. El instrumento que ha dado lugar a más debates al respecto es la Orden europea de detención y entrega, pero la OEI también puede suponer violaciones de derechos fundamentales, por lo cual es importante estar atentos. Entre mucha literatura, ver MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., «El reconocimiento mutuo en materia penal y los derechos fundamentales: de la confianza “ciega” a la confianza reservada», en Arroyo Jiménez, L. y Nieto Martín, A. (dirs.), *El reconocimiento mutuo en el derecho español y europeo*, Marcial Pons, 2018, pp. 243-304.

19. Es también central el principio de reconocimiento mutuo para la ejecución de sentencias extranjeras en materia civil y comercial o en el sistema europeo de asilo. Para el primer ámbito, ver GASCÓN INCHAUSTI, F., *Reconocimiento y ejecución de resolu-*

Por consiguiente, el análisis de la OEI permite tener una idea general de los mecanismos puestos en práctica en materia de cooperación judicial penal. En segundo lugar, es emblemático vistas las consecuencias que ha tenido su implementación sobre la obtención y transmisión de pruebas transfronterizas. Tanto la academia como las autoridades penales tenían muchas expectativas y la OEI ha supuesto efectivamente un gran paso adelante. En tercer y último lugar, cuantitativamente, es uno de los instrumentos de cooperación más utilizados en la Unión Europea, lo que demuestra a la vez sus beneficios y la costumbre que han adoptado las autoridades en recurrir a la OEI. Este balance positivo es compartido a nivel global de la Unión Europea y a nivel reducido de la cooperación franco-española.

## 2. FRANCIA Y ESPAÑA EN LA COOPERACIÓN PENAL EUROPEA

Enfocar el estudio de un instrumento de cooperación judicial de la Unión Europea en las relaciones entre Francia y España se justifica por múltiples razones, tanto cualitativas como cuantitativas. En efecto, países vecinos e históricamente ligados, España y Francia comparten una larga tradición de cooperación bilateral en materia penal, cuya eficacia y fluidez se han aclamado<sup>20</sup> y son indudables en términos de seguridad y represión de la criminalidad<sup>21</sup>. Al respecto, es preciso destacar dos dinámicas

---

*ciones extranjeras en el nuevo Reglamento Bruselas I bis*, Tirant lo Blanch, 2016, o, más específicamente en Derecho de familia, MENICHINI, D., «Reconocimiento mutuo de decisiones y adopción internacional. Situación europea», en Lara Aguado, Á., Melgarejo Cordon, P., y otros (coord.), *La Protección de la infancia migrante frente a las diferentes caras de la violencia de género, la discriminación y la trata*, Sepín, 2022. Sobre el asilo, ver BORRAJO INIESTA, I., «El asilo en la Unión Europea: los derechos humanos como límite al principio de reconocimiento mutuo», en Díez-Hochleitner Rodríguez, J., Martínez Capdevila, C., y otros (coord.), *Últimas tendencias en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, 2012, pp. 521-544; SÁNCHEZ LEGIDO, Á., «Reconocimiento mutuo y crisis del sistema europeo común de asilo», en Arroyo Jiménez, L. y Nieto Martín, A. (dirs.), *El reconocimiento mutuo en el derecho español y europeo*, Marcial Pons, 2018, pp. 191-216.

20. La Embajada de Francia en España tiene en su sitio web una pestaña dedicada a la «Cooperación policial y judicial», donde indica que la cooperación policial entre ambos países es «muy estrecha y eficaz» y que «España es el primer socio de Francia en materia de seguridad» (<https://es.ambafrance.org/Cooperacion-policial-y-judicial>; consulta: 30/09/2024).
21. Para un ejemplo concreto, en enero de 2022, se dismanteló una organización criminal especializada en la producción y venta de cannabis entre España y Francia gracias a una colaboración de la Guardia Civil española y la Policía Nacional francesa (<https://es.ambafrance.org/Lucha-contra-el-narcotrafico-una-operacion-de-lo-mas-exitosa-gracias-a-la>;



de Francia y España en materia de cooperación penal: por una parte, han puesto su experiencia común al servicio del desarrollo de la cooperación de la Unión Europea; por otra parte, han implementado mecanismos de cooperación bilateral, de manera paralela a esta cooperación europea.

Primero, el Acuerdo de Schengen, y más específicamente su Convenio de Aplicación de 1990, constituye el primer instrumento de lo que se convertiría luego en la Unión Europea que preveía medidas de cooperación policial y judicial, como contraparte de la supresión de los controles sistemáticos en las fronteras interiores. Estado parte en el Acuerdo, Francia adoptó lógicamente acuerdos bilaterales con sus cosignatarios para implementar dichas medidas en sus fronteras comunes<sup>22</sup>. Sin embargo, decidió ir más allá e intensificar su cooperación transfronteriza con otros países vecinos, entre los cuales España<sup>23</sup>. En ese marco, Francia y España firmaron dos acuerdos bilaterales: el Acuerdo sobre creación de comisarías conjuntas en la zona fronteriza común, en 1996, y el Tratado de Blois relativo a la cooperación transfronteriza en materia policial y aduanera, en 1998<sup>24</sup>. También implementaron bilateralmente la llamada «persecución en caliente»<sup>25</sup> del artículo 41 del Convenio Schengen a través de un acuerdo firmado en 1991<sup>26</sup>.

Por otra parte, la prioridad que ha constituido la lucha contra el terrorismo en el marco de la Unión Europea es innegable. En efecto, tanto la decisión-marco de definición de delitos terroristas<sup>27</sup> como la decisión-mar-

---

<https://www.diaridetarragona.com/costa/golpe-al-traffic-internacional-de-marihuana-made-in-tarragona-20220126-0032-CJDT202201260032>; consulta: 30/09/2024).

22. El Acuerdo de Mondorf-les-Bains con Alemania en 1997 y los Acuerdos de Tournai con Bélgica y de Luxemburgo con dicho país en 2001.
23. El otro es Italia, con el Acuerdo de Chamberí, de 1997.
24. Ver YÉBENES GADEA, A., «Cooperación policial al amparo del convenio de Schengen», *Ciencia policial: revista del Instituto de Estudios de Policía*, n.º 42 (1998), pp. 101-107; MINGORANCE TORRALBA, M., «La Cooperación Policial en el marco del Acuerdo de Schengen», en *Espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea (Seminario Duque de Ahumada)*, Ministerio del Interior, 2002, pp. 131-144.
25. Se trata de una autorización otorgada a los policías de otro Estado a que entren en el territorio nacional con el fin de detener a una persona hallada en flagrante delito (con límites de kilómetros y de capacidad de actuación de los policías extranjeros y bajo condición de una inmediata información a la policía territorialmente competente).
26. Ver URTIZBEREA SEIN, I., «Cooperación policial y derecho de persecución a la luz de un asunto en la frontera hispano-francesa», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 1 (1997), pp. 287-308.
27. Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo.

co de creación de la Orden europea de detención y entrega (OEDE, en adelante)<sup>28</sup> o la decisión-marco sobre equipos conjuntos de investigación<sup>29</sup> fueron adoptadas como consecuencia de la onda de choque provocada por los atentados terroristas del 11-S<sup>30</sup>. Ahora bien, en 2002, si a España le interesaba incrementar la cooperación penal antiterrorista, no era para luchar contra Al-Qaida u otros grupos yihadistas, sino para derrotar a los independentistas vascos violentos de ETA, activos desde hace décadas, pese a la colaboración de las autoridades francesas a partir de 1987<sup>31</sup>. Así pues, si bien es cierto que la cooperación franco-española en la materia brindó «una contribución inestimable a los métodos de lucha antiterrorista en la Unión Europea»<sup>32</sup>, no hay que olvidar que la aportación de España a la cooperación penal europea no fue unilateral, sino que hubo un beneficio mutuo.

Por un lado, en materia de OEDE, apenas entró en vigor el instrumento<sup>33</sup>, el entonces juez de instrucción en la Audiencia Nacional Baltasar Garzón emitió una orden hacia Francia para que se entregaran a tres fran-

- 
28. 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.
  29. Decisión marco 2002/465/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre equipos conjuntos de investigación.
  30. VILLALBA FERNÁNDEZ, A., «La Unión Europea en la lucha contra el terrorismo», *Cuadernos de estrategia*, n.º 135 (2007), pp. 105-133, esp. p. 106; ARGOMANIZ, J., *The EU and Counter-Terrorism: Politics, polity and policies after 9/11*, Routledge, 2011. De la misma manera, la Directiva (UE) 2017/541 que reemplazó la primera decisión-marco fue adoptada en reacción a los atentados terroristas de París de 2015 (PIERNAS LÓPEZ, J. J., «La vuelta de la UE a reaccionar frente a atentados y la Directiva [UE] 2017/541 relativa a la lucha contra el terrorismo», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 44 [2018], pp. 54-93; BIGO, D., CARRERA, S. y otros, *The EU and its Counter-Terrorism Policies after the Paris Attacks*, CEPS Papers, n.º 84 [2015]).
  31. Desde la disolución de la organización *Iparretarrak* el 15 de julio de 1987 por el Consejo de ministros francés («Le mouvement nationaliste basque *Iparretarrak* est dissous», *Le Monde*, 16 Jul. 1987). Para un recorrido histórico previo al impulso del Derecho europeo, ver MORÁN BLANCO, S., *La cooperación hispano-francesa en la lucha contra ETA*, Universidad Complutense de Madrid, 2001; GUILLAMO, M., «La cooperación franco-española en la lucha contra el terrorismo de ETA», *Revista Ejército de tierra español*, n.º 762 (2004), pp. 22-26.
  32. VUELTA SIMON, S., OLLIVIER-MAUREL, P., *La justice française contre ETA*, Presses Universitaires de France, 2012, p. 6 (traducción mía). Este libro, escrito por los magistrados de enlace franceses en Madrid entre 2004 y 2012, es una lectura muy interesante sobre el tema de la colaboración francesa en la lucha contra ETA.
  33. En España, el 1.º de enero de 2004, en aplicación de la Ley 3/2003; en Francia, desde marzo de 2004, con la aprobación de la Ley n.º 2004-204.

ceses simpatizantes de ETA<sup>34</sup>. Por otro lado, el primer equipo conjunto de investigación que se puso en función en la Unión Europea, en septiembre de 2004, fue también entre Francia y España en el marco de la lucha contra ETA, siguiendo un protocolo de creación firmado previamente entre ambos países en la Cumbre de Carcasona de noviembre de 2003<sup>35</sup>. Es preciso destacar que, aunque el instrumento de los equipos conjuntos de investigación se adoptó a nivel europeo, Francia y España desarrollaron inmediatamente después su normativa bilateral, para agilizar los procedimientos de cooperación entre sus autoridades penales en materia antiterrorista. Esta colaboración bilateral estrecha en paralelo también se manifestó en enero de 2008, cuando ambos gobiernos acordaron crear equipos permanentes de investigación conjunta<sup>36</sup>.

Obviamente acabar con el terrorismo etarra fue un eje central de la cooperación penal (primero policial, luego judicial) implementada entre Francia y España. No obstante, cabe resaltar que las primeras OEDE emitidas por Francia hacia España, también en 2004, no se enmarcaban en asuntos de terrorismo, sino de narcotráfico<sup>37</sup>. Efectivamente, el tráfico de estupefacientes entre ambos países era (y sigue siendo) importante, debido a la posición de España como país de entrada de las drogas en el mercado europeo (cannabis y cocaína, sobre todo). También constituía un problema mayor en términos de seguridad la inmigración clandestina, desde África principalmente, España siendo otra vez la «puerta de acceso» a Europa<sup>38</sup>. Hoy en día, la lucha armada de ETA se acabó y pocos actos de terrorismo

---

34. «Garzón reclama con una euroorden a tres simpatizantes franceses de ETA», *El País*, 13 May. 2004. No obstante, el tribunal de Pau rechazó la ejecución de la orden («Le tribunal de Pau émet une interprétation restrictive du mandat d'arrêt européen», *Le Monde*, 02 Jun. 2004).

35. GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS, I., «Equipos conjuntos de investigación», *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 2 (2004), pp. 75-78. Para una experiencia de los equipos constituidos entre las autoridades francesas y españolas más específicamente, ver VUELTA SIMON, S., «Dernières nouvelles des équipes communes d'enquête: entre partage et souveraineté», *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n.º 2 (2007), pp. 267-278.

36. «Francia y España acuerdan por primera vez acciones “preventivas” contra ETA», *El Mundo*, 10 Ene. 2008.

37. Ver los hechos en las SSTC 81/2006, de 13 de marzo, y 339/2005, de 20 de diciembre. Bien es cierto que el Tribunal Constitucional se negó a ejecutar las órdenes en ambos casos, pero las razones eran procesales y no relativas al delito perseguido.

38. Según las conclusiones del informe del senador francés Philippe François sobre la ratificación del Tratado de Blois de 1998, el narcotráfico y la inmigración ilegal eran los principales delitos que la cooperación implementada en aplicación de dicho Tratado iba a afectar (el terrorismo en tercer puesto). Ver FRANCOIS, P., *Rapport au Sénat* n.º

llevan a una cooperación judicial entre Francia y España<sup>39</sup>. Ésta se enfoca sobre todo en el tráfico de estupefacientes, que es el delito que más da lugar a emisión o ejecución de OEDE entre ambos países<sup>40</sup>. Al lado de la OEDE, que permite trasladar a personas sospechosas o condenadas, también es fundamental el uso de la OEI en la lucha contra el narcotráfico. En efecto, no puede haber investigación efectiva ni, consecuentemente, condena fundada si no se permite analizar los elementos indiciarios que se encuentran en otro Estado ni obtener las pruebas ya recabadas allí.

### III. ANÁLISIS DE LA PRÁCTICA DE LAS AUTORIDADES FRANCESAS Y ESPAÑOLAS

Antes que nada, conviene destacar que, si bien la DOEI se implementó en Francia desde 2016<sup>41</sup>, hubo que esperar dos años más para que se adoptara en España la Ley 3/2018, de 11 de junio, por la que se modifica la Ley de Reconocimiento Mutuo (en adelante, LRM) para insertar disposiciones relativas a la OEI. Hasta la entrada en vigor de esta ley, se aplicaba el Dictamen 1/2017 de la Fiscal de Sala de Cooperación Penal Internacional, sobre el régimen legal aplicable debido a la no transposición en plazo de la Directiva. Es más, España solo actuó bajo la amenaza de un procedimiento de incumplimiento del Derecho de la Unión por no haber traspuesto la DOEI a tiempo<sup>42</sup>. Pese a su demora, España, al igual que Francia,

---

273, sesión del 30 de abril de 2003: <https://www.senat.fr/rap/102-273/102-2731.pdf> (consulta: 01/10/2024).

39. Conviene mencionar sin embargo los atentados del 17-A perpetrados en Barcelona y Cambrils y la respuesta brindada por las autoridades francesas y españolas («Un equipo conjunto de policía española y francesa investiga los atentados de Cataluña», *El País*, 1.º Dic. 2017).
40. Como ejemplos, se pueden ver las sentencias de la *Cour de cassation* francesa n.º 23-81.164 (13 May. 2023) y n.º 24-80.622 (24 Abr. 2024), relativas a personas entregadas por España a Francia, y n.º 24-83.017 (19 Jun. 2024), donde acepta la ejecución en Francia de una OEDE emitida por España. Con respecto a la inmigración ilegal, la frontera hispano-francesa sigue siendo una zona de mucho paso, pero lleva más a medidas de cooperación policial (o administrativa).
41. Con la Ordenanza n.º 2016-1636. Ver TAUPIAC-NOUVEL, G., «La transposition de la décision d'enquête européenne par l'ordonnance du 1er décembre 2016: une surprise attendue ...», *blog GDR-ELSJ*, 14 Dic. 2016: <https://www.gdr-elsj.eu/2016/12/14/cooperation-judiciaire-penale/transposition-de-decision-denquete-europeenne-lordonnance-1er-decembre-2016-surprise-attendue/> (consulta: 14/12/2024).
42. También Austria, Bulgaria y Luxemburgo, contra los cuales la Comisión Europea emitió un dictamen motivado en enero de 2018, después de una primera carta de empla-

implementó correctamente la directiva y copió de manera casi idéntica sus disposiciones<sup>43</sup>. Por consiguiente, las normas españolas de la LRM y las normas francesas del Código procesal penal (en adelante, CPP) sobre la OEI son muy próximas, aunque las competencias atribuidas a los fiscales y los jueces de instrucción varían claramente de un sistema procesal penal a otro (1). Ahora bien, si no hay que minimizar esta diferencia organizacional, es solo una de las dificultades que enfrentan las autoridades francesas y españolas en materia de OEI. Pese a la voluntad de ambos países de incentivar el uso de este instrumento, la práctica demuestra que no es tan sencillo y que todavía quedan muchas cuestiones por resolver (2).

## 1. UNA REPARTICIÓN DE COMPETENCIA JUEZ/FISCAL DISTINTA EN AMBOS PAÍSES

De acuerdo con el art. 187.1 LRM, «son autoridades de emisión de una orden europea de investigación los jueces o tribunales que conozcan del proceso penal en el que se debe adoptar la medida de investigación [...] Son también autoridades de emisión los Fiscales en los procedimientos que dirijan, siempre que la medida que contenga la orden europea de investigación no sea limitativa de derechos fundamentales». Paralelamente, según el art. 694-20 del CPP francés, tanto el *procureur* (equivalente al fiscal) como el juez de instrucción pueden emitir una OEI cuando todavía no se ha abierto el enjuiciamiento. Es decir, en ambos países, los jueces de instrucción y los fiscales son autoridades competentes para la emisión de una OEI. No obstante, la comparación y equivalencia no va más allá, puesto que el papel del juez de instrucción, y por consiguiente el del fiscal o *procureur de la République*, es muy distinto entre Francia y España.

Bien es cierto que ambos sistemas procesales tienen como inspiración el proceso inquisitivo con un juez de instrucción que instruya la causa

---

zamiento en julio de 2017.

43. Guillemine Taupiac-Nouvel identifica una «fidelidad inédita» (traducción mía; TAUPIAC-NOUVEL, G., «La transposition de la décision d'enquête européenne par l'ordonnance du 1er décembre 2016', *op. cit.*). En cuanto a la transposición en España, Ángel Tinoco Pastrana establece que «responde a los principios de necesidad, eficacia, fidelidad al texto de la Directiva y modificación mínima de la normativa previa con el objetivo de la simplificación, del mismo modo que a los principios de proporcionalidad y seguridad jurídica, respetando el marco estable, integrado y claro que introdujo la LRM en el ordenamiento español» (TINOCO PASTRANA, Á., «La transposición de la orden europea de investigación en materia penal en el ordenamiento español», *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, n.º 3 [2018], p. 120).

con pruebas de cargo y descargo. No obstante, y ello es una diferencia fundamental, mientras que, en España, existe una instrucción judicial en la mayoría de los procesos por delito<sup>44</sup>, en Francia, sólo los casos más graves y complejos llevan a una instrucción<sup>45</sup>. En los demás casos, la investigación está encabezada solamente por un *procureur*, incluso si se adoptan medidas privativas de derechos. En la práctica, resulta en un 6% de los casos que se remiten al juez de instrucción<sup>46</sup>. Son mayoritariamente los delitos más graves y que requieran especial investigación dadas su complejidad y comisión por redes delictivas (básicamente, la criminalidad organizada transnacional)<sup>47</sup>. Si nos enfocamos más específicamente en los casos en los cuales se emiten una OEI, seguro que el porcentaje de instrucciones es mayor. Efectivamente, las OEIs se suelen emitir para casos de delincuencia organizada transnacional (por ejemplo, tráfico de estupefacientes u otro producto ilegal o blanqueo de capitales invirtiendo en otro país). Por desgracia, las cifras en este ámbito particular se desconocen.

La diferencia de competencia entre los jueces de instrucción franceses y sus homólogos españoles se reduce entonces en materia de OEI. Además, el art. 1.1 de la DOEI indica que la OEI será «emitida o validada por una autoridad judicial». Obviamente, los jueces de instrucción constituyen autoridades judiciales. La duda existía sin embargo relativamente a los fiscales o *procureurs*, sobre todo después de las sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE, o TJCE antes de diciembre de 2009) relativas a la competencia de los *procureurs* para emitir OEDEs<sup>48</sup>. Al respecto, una primera respuesta se podía esbozar al leer el

---

44. Arts. 14 de la Ley de enjuiciamiento criminal y 87 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

45. Según el art. 79 del CPP, «la instrucción es obligatoria para los crímenes [delitos graves]; con excepciones especiales, es facultativa en materia de delitos menos graves».

46. Ministerio de Justicia francés, *Les chiffres clés de la Justice. Édition 2023* (2023) p. 15: [https://www.justice.gouv.fr/sites/default/files/2024-08/Chiffres\\_cle%C-C%81s\\_2023\\_erratum\\_en\\_ligne.pdf](https://www.justice.gouv.fr/sites/default/files/2024-08/Chiffres_cle%C-C%81s_2023_erratum_en_ligne.pdf) (consulta: 14/12/2024).

47. En 2022, el 10% de los casos remitidos a un juez de instrucción terminó ante los tribunales especializados en crímenes (*Cours d'assises* y *cours départementales criminelles*) mientras que el 59% tenía que ver con delitos menos graves (cuya repartición específica se desconoce). *Ibid.*, p. 16.

48. Ver SSTJUE, O.G. y P.I., 27 May. 2019 (C-508/18 y C-82/19 PPU); y P.F., 27 May. 2019 (C-509/18). Se puede matizar la conclusión con respecto a los *procureurs* franceses (SSTJUE, *Parquet général du Grand-Duché de Luxembourg* y *Openbaar Ministerie*, 12 Dic. 2019, C-566/19 PPU y C-626/19 PPU).

artículo 2.c de la DOEI, podrá ser autoridad de emisión «un juez, órgano jurisdiccional, juez de instrucción o *fiscal* competente en el asunto que se trate» (énfasis mío).

En 2021, en el caso *H.P.*, el TJUE aclaró definitivamente las dudas con respecto a las OEIs al explicar que las autoridades de emisión son competentes si están encargadas de la investigación en el Estado de emisión y si tienen competencia en Derecho interno para solicitar la medida de investigación que se contempla en la OEI<sup>49</sup>. El legislador español tuvo entonces la razón en limitar la competencia de los fiscales para emitir una OEI a las medidas no restrictivas de derechos fundamentales que puedan adoptar sobre el territorio nacional.

De todo lo anterior, se puede concluir que la posibilidad de que tanto los jueces de instrucción como los fiscales o *procureurs* puedan emitir OEIs, según la repartición de competencias en la investigación en Derecho interno, permite matizar las diferencias fundamentales entre la competencia de un juez de instrucción español y la de su homólogo francés. No obstante, conviene resaltar el importante argumento presentado por Roser Casanova Martí y Elisabet Cerrato Guri respecto a la competencia de los fiscales españoles, y es que no les parece «realista» la atribución a los fiscales de la competencia para emitir una OEI puesto que la ley no les otorga la dirección de la instrucción, la cual es fundamental e imprescindible en la gran mayoría de los casos investigados<sup>50</sup>. En conclusión, si bien son competentes las mismas autoridades en Francia y España, en la práctica, son casi siempre jueces de instrucción los que emiten OEIs desde España<sup>51</sup> y es más distribuido en Francia. La incidencia en la evolución del procedimiento, no obstante, es menor.

---

49. STJUE, *H.P.*, 16 Dic. 2021, C-724-19, punto 38.

50. CASANOVA MARTÍ, R., CERRATO GURI, E., «La emisión de una orden europea de investigación para la obtención de prueba transfronteriza y su introducción en el proceso penal español», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 62 (2019), pp. 197-232.

51. Según cifras recopiladas por Antonio Martínez Santos, en 2019 y 2020, los fiscales españoles emitieron unas 15 OEIs por año mientras que los jueces emitieron más de 900, es decir que los fiscales emiten aproximadamente el 1,5% de las OEIs españolas (MARTÍNEZ SANTOS, A., «¿Emisión de órdenes europeas de investigación por el Ministerio Fiscal español? Consideraciones sobre la compatibilidad del art. 13.4 de la Ley de Reconocimiento Mutuo con el Derecho de la Unión a la luz de las sentencias del TJUE en los asuntos *Gavanozov I y II*», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 57 [2022]).

## 2. UNA COOPERACIÓN TODAVÍA EN CONSTRUCCIÓN

Según el *Bureau d'entraide pénale internationale* francés, que es el órgano del Ministerio de Justicia encargado del seguimiento de las solicitudes de auxilio judicial penal, en 2020, España era el cuarto país con el que Francia cooperaba más en materia penal, sólo adelantado por Bélgica, Alemania y Portugal<sup>52</sup>. En otras palabras, como lo mencionamos previamente, la cooperación penal franco-española, muy fuerte en décadas anteriores, sigue siendo importante. Más específicamente en el suroeste de Francia, esta cooperación es la que más se lleva a cabo, por razones geográficas evidentes<sup>53</sup>. Entre las solicitudes de auxilio judicial, las órdenes europeas de investigación son numerosas, e incluso el instrumento europeo más emitido por el *Tribunal Judiciaire* de Baiona<sup>54</sup>.

Es totalmente cierto que la OEI ha sido vista por las autoridades penales como un instrumento muy útil. No obstante, en la práctica, su uso no es tan fluido como se pudiera esperar (2.1). A nivel de la *chambre criminelle de la Cour de cassation*, máximo tribunal francés en materia penal, se puede notar una voluntad de apoyar el uso de la OEI por parte de las autoridades francesas, sin llegar tampoco a desvirtuar el Derecho europeo (2.2). Al respecto, la *Cour de cassation* remitió en 2023 una cuestión prejudicial para aclarar sus dudas sobre la validez de una OEI emitida por España. La respuesta que dio el TJUE a principios del año 2025 establece un marco claro que podría limitar en el futuro la emisión de OEIs (2.3).

### 2.1. Algunos obstáculos difíciles de superar

No hay duda de que la OEI es un instrumento que puede ayudar mucho a las autoridades penales cuando tienen que investigar fuera de su territorio nacional. La fiscal Caroline Parizel insistió en que la OEI permite hacer abstracción de las fronteras entre Estados y solicitar una medida de investigación como si fuera a otro tribunal del mismo país. Dio el ejemplo de un caso reciente de robo en Francia, cuyo supuesto autor se encontraba

52. Citado en LEBLOIS-HAPPE, J., «La décision d'enquête européenne: les difficultés d'application», *Revue de droit d'Assas*, n.º 24 (2022), p. 102.

53. Tanto Jérôme Bourrier, Fiscal Jefe del *Tribunal Judiciaire* de Baiona, como Caroline Parizel, Fiscal encargada de la cooperación judicial en el mismo tribunal, confirmaron que las autoridades con las que más cooperan son españolas, sobre todo cerca de la frontera (San Sebastián, Irún...).

54. Entrevista en persona con Caroline Parizel y su asistente, Marine Joly (16/01/2025).



encarcelado en España. Ella emitió una OEI para que se le interrogara al sospechoso, lo que permitió evitar su desplazamiento a Francia mediante una OEDE y todos los gastos asociados. En cambio, se desplazaron los policías franceses con una lista de las preguntas pertinentes y los policías españoles interrogaron al sospechoso con esta lista en presencia de los franceses. No obstante, justo después, la fiscal aclaró que la práctica no siempre es tan ideal y que muchos obstáculos pueden frenar la cooperación.

La primera dificultad que viene a la mente en materia de cooperación entre autoridades españolas y francesas es la diferencia de idioma. En efecto, pese a que el considerando 14 de la DOEI y el artículo 5.2 «anima[n] a los Estados miembros a que, cuando hagan una declaración sobre el régimen lingüístico, además de su lengua o lenguas oficiales incluyan al menos otra lengua de uso común en la Unión», ni Francia ni España admiten otro idioma que sus lenguas oficiales, ni siquiera el inglés o los idiomas de sus mayores socios. Una traducción al francés es entonces necesaria desde España, igual que al castellano o a una lengua cooficial desde Francia, lo que entorpece la fluidez del procedimiento.

Para evitar tal obstáculo lingüístico, las autoridades judiciales que hablen el idioma del otro país son una gran ventaja<sup>55</sup>. Lo confirmaron Caroline Parizel y Marine Joly, al explicar que la cooperación con Bélgica es mucho más sencilla que con España o Portugal, por tema de idioma. De hecho, con las autoridades españolas, adoptaron la costumbre de enviar todos sus correos electrónicos en francés con traducción de Google en español adjunta, y viceversa, lo que agiliza la cooperación<sup>56</sup>. Obviamente, cuando se trata de emitir una OEI, una traducción más formal es necesaria<sup>57</sup>. En este caso, requieren la ayuda de los intérpretes-traductores judiciales del Tribunal, capaces de traducir la orden en pocas horas si la solicitud es urgente<sup>58</sup>.

Además, la voluntad de los Estados de que funcione la cooperación y se use amplia y eficazmente la OEI no es suficiente, sino que una convic-

---

55. LEBLOIS-HAPPE, J., «La décision d'enquête européenne: les difficultés d'application», *op. cit.*, p. 105.

56. Al contrario, las autoridades portuguesas nunca traducen sus correos, incluso con la herramienta básica de *Google Traductor*, y la cooperación con ellas es más pesada (entrevista con Marine Joly).

57. Aunque una traducción jurada de los formularios de cooperación no es obligatoria en la Unión Europea (al contrario de una solicitud internacional enviada a Dubái, por ejemplo).

58. Entrevista en persona con Jérôme Bourrier (09/01/2025). Lo confirmó Marine Joly.

ción de las propias autoridades que practican la cooperación es requerida<sup>59</sup>. Al respecto, Caroline Parizel explicó que, aunque reciben a menudo OEIs de España por delitos menores (por ejemplo, delitos contra la seguridad vial) o con respecto a medidas que podrían ejecutar las propias autoridades españolas (por ejemplo, una orden de comparecencia que podría ser enviada desde España con una carta recomendada internacional), siempre las ejecutan igual, sin alegar la falta de proporcionalidad de la OEI como motivo de denegación. No obstante, lo inverso no parece aplicarse, pese a que el Tribunal de Baiona emita menos OEIs y suele limitar estas solicitudes a los casos más graves.

Obviamente, depende mucho de las autoridades solicitadas. En efecto, el conocimiento técnico del instrumento no es homogéneo en un mismo territorio nacional (los jueces y fiscales de San Sebastián seguramente están más acostumbrados que los de Cáceres), ni entre los integrantes de un mismo tribunal (por ejemplo, en la Fiscalía de Baiona, se ha creado una división específica de cooperación judicial, con Caroline Parizel y Marine Joly, y aunque todos los fiscales pueden emitir una OEI, ellas tienen mayor práctica). Según Jocelyne Leblois-Happe, también es un criterio determinante del éxito de la cooperación el hecho de que las autoridades tengan una mentalidad abierta a otros métodos de trabajo, flexibilidad y creatividad<sup>60</sup>.

Además, ambos fiscales de Baiona destacaron que el hecho de que las autoridades emisoras y destinatarias de la OEI se conozcan personalmente es un factor clave, incluso el que más importa según Caroline Parizel. Efectivamente, es lógico que una persona sea más propensa a ayudar a otra si han tenido reuniones previas, o incluso encuentros más informales (almuerzos, café...). También permite ponerse en contacto directamente con la autoridad extranjera competente, en lugar de usar el correo institucional más genérico que proporciona el Atlas judicial europeo<sup>61</sup>. Al respecto, es preciso mencionar una iniciativa laudable de la Fiscalía de Baiona: en octubre de 2023, organizó un congreso franco-español en materia de narcotráfico para que los principales actores de ambos lados de la frontera se conocieran y así agilizar su cooperación futura.

---

59. LEBLOIS-HAPPE, J., «La décision d'enquête européenne: les difficultés d'application», *op. cit.*, p. 113.

60. *Ibidem*.

61. El Atlas contiene datos de contacto de las distintas autoridades competentes en materia de cooperación penal en todos los Estados miembros. Sólo es accesible a personas habilitadas, tales como los jueces o fiscales.

Otra vía de facilitación de la cooperación cuando los fiscales o jueces no se conocen, es que los policías de ambos países que tienen relaciones sirvan de intermediarios<sup>62</sup>. También, en los casos más extremos, las autoridades nacionales pueden recurrir al magistrado de enlace<sup>63</sup> o, en última instancia, a Eurojust<sup>64</sup>. La Fiscalía de Baiona también aprovecha la presencia del Centro franco-español de cooperación policial y aduanera<sup>65</sup> a escasos kilómetros para movilizar sus recursos (por ejemplo, organizando reuniones binacionales en el Centro con traducción simultánea).

Por último, la DOEI prevé que la realización de las diligencias solicitadas se rige por las normas del país de ejecución, lo que requiere un conocimiento del Derecho extranjero por parte de la autoridad de emisión. Entre los países que nos interesan, dos diligencias de investigación suelen plantear problemas cuando se solicita su ejecución en España por parte de una autoridad francesa: el registro domiciliario y las intervenciones telefónicas<sup>66</sup>. En efecto, estas diligencias tienen límites de aplicación más estrictos en España. Por ejemplo, es común en Francia proceder a un registro en el domicilio de un supuesto cómplice o en una casa donde el imputado está alojado gratuitamente<sup>67</sup> mientras que, en España, la Ley de Enjuiciamiento Criminal no cubre estos supuestos. Entonces, para que se autorice tal diligencia en ejecución de una OEI, las autoridades francesas de emisión deben motivar extensamente la solicitud. Pese a todos los obstáculos mencionados, se ejecutan con regularidad OEIs en España y Francia; no se puede pintarlo todo de negro.

---

62. Entrevista con Caroline Parizel.

63. Un magistrado de enlace es un juez o fiscal nombrado para facilitar la comunicación en materia de Justicia y la cooperación en materia civil y penal entre dos Estados. Francia tiene uno en Madrid y España uno en París.

64. Entrevista con Caroline Parizel. Eurojust es el nombre abreviado de la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Judicial Penal, que se compone de un miembro nacional por Estado miembro (con uno o varios asistentes), y cuya función es coordinar el trabajo de las autoridades nacionales en la investigación y la persecución de la delincuencia transnacional.

65. Los centros de cooperación policial y aduanera son estructuras binacionales (a veces, tri- o cuatri-) de intercambio de información y de apoyo a los cuerpos y fuerzas operativos en el desempeño de sus funciones de policía, control de fronteras y aduanas, dentro de la Unión Europea. Francia y España comparten cuatro centros.

66. *Ibidem*. La Fiscalía saludó la eficacia de Eurojust, cuya autoridad se reconoce en toda la Unión Europea, aunque reconoció que recurrir a la agencia se reserva para las investigaciones más importantes cuando la cooperación «básica» está paralizada.

67. Lo que permite el artículo 56 del CPP.

## 2.2. Jurisprudencia francesa reciente

El estudio de la jurisprudencia de la *Cour de cassation* parece mostrar un relativo entusiasmo del alto tribunal en materia de cooperación judicial, y de OEIs más específicamente, sin por ello permitirlo todo a las autoridades penales. Al respecto, dos sentencias recientes merecen nuestra atención. En la primera, de 2022<sup>68</sup>, la *Cour de cassation* rechazó la necesidad de una burocratización excesiva en materia de cooperación. Si bien la solución no sorprende con respecto a la cooperación policial, el caso concreto también involucraba una OEI, para la cual la *Cour de cassation* se mostró también particularmente flexible. En la segunda sentencia, de 2023<sup>69</sup>, la *Cour* mostró más reserva y decidió transmitir una cuestión prejudicial al TJUE antes de pronunciarse sobre la validez de la OEI emitida por España.

Los hechos de la primera sentencia son los siguientes: después de que se cometiera en Suiza un atraco por supuestos ciudadanos franceses, Francia abrió una investigación. Los policías franceses, gracias a los datos bancarios de los sospechosos y los datos de ubicación de un vehículo, se dieron cuenta de que tres de los sospechosos habían ido a España después de los hechos para reservar un auto utilitario. Inmediatamente, informaron a sus compañeros españoles de la identidad de estas personas y del número de matrícula de los vehículos. Al estudiar el trayecto de los vehículos, la policía española sospechó de la comisión de un homicidio y transmitió los datos de su investigación a los policías franceses. Poco después, un juez de instrucción francés emitió una OEI hacia sus homólogos españoles para solicitar el permiso de explotar los datos de ubicación identificados en territorio español y las comprobaciones realizadas sobre el utilitario alquilado. A final del año, a los tres sospechosos se les imputó un secuestro y un homicidio.

La solicitud de nulidad interpuesta por los imputados se fundamenta en dos argumentos. Primero, alegan que los policías españoles actuaron fuera de todo marco legal, al responder a una petición de sus homólogos franceses sin intervención de una autoridad judicial en el momento. En segundo lugar, rechazan la validez de la explotación por el juez de instrucción francés de los datos de ubicación del vehículo porque no había recibido una autorización expresa por parte de las autoridades españolas de utilizar los datos transmitidos en ejecución de la OEI. En ambos casos,

---

68. Cass., Crim., 13 Dic. 2022, n.º 22-81.257.

69. Cass., Crim., 19 Sep. 2023, n.º 22-82.952.

consideran que se ha vulnerado el principio de soberanía de los Estados. No obstante, la *Cour de cassation* desestima ambos argumentos al considerar que las reglas relativas al auxilio penal internacional vigentes entre España y Francia no se han violado.

Para el primer argumento, la *Cour* fundamenta su respuesta en el artículo 46 del Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen, relativo al intercambio espontáneo de información entre policías europeas, y en el tratado franco-español de cooperación policial de 1998. Los policías franceses pudieron, por ende, solicitar a sus homólogos españoles información a fin de obtener elementos para la resolución de una investigación en curso y evitar que los hechos criminales se repitieran en España. Para el segundo argumento, relativo específicamente a la OEI, la respuesta de la *Cour de cassation* es muy clara y a favor de una cooperación judicial fluida, sin trabas burocráticas. Así pues, cuando el juez francés emitió la OEI, solicitó la transmisión de los resultados de explotación de los datos de ubicación del vehículo. De manera lógica, el hecho de que las autoridades españolas le transmitieran estos datos y resultados conllevaba la autorización para el juez francés de explotar estos elementos en la investigación, sin que fuera necesaria una autorización expresa.

En cuanto a la segunda sentencia, viene a raíz de una OEI emitida en 2021 por autoridades españolas hacia sus homólogas francesas para que notificaran a una mujer detenida en Francia un auto de imputación formal de 2009 de los Juzgados Centrales de Instrucción a fin de que ella, con asistencia letrada, se expresara sobre los hechos que se le imputan. Después de una toma de declaración por el juez francés poco después, la persona notificada solicitó la nulidad de esta actuación. El Tribunal de apelación de París consideró que no había razones legítimas para anular la actuación, por lo cual la persona sospechosa interpuso un recurso ante la *Cour de cassation*. Para fundamentar su solicitud, la demandante alegó que la notificación de un auto de imputación formal, tal y como se solicitó en dicha OEI, no consiste en diligencias de investigación que tienden a obtener elementos de pruebas, lo que sería el objetivo de una OEI según la DOEI. La solicitud presentada implica interpretar el artículo 3 de la DOEI, relativo al ámbito de aplicación material de tal instrumento, y el artículo 1.1, sobre su definición. Después de destacar que esta cuestión aún no ha sido resuelta por el TJUE, la *Cour de cassation* admite no ser competente para solucionar sola el asunto y remite una cuestión prejudicial al Tribunal comunitario para que le aclare la duda. Con esta remisión, el alto tribunal francés demuestra su voluntad de acoplarse al Derecho europeo de la mejor manera posible.

### 2.3. Una interpretación restrictiva por el TJUE

El TJUE aclaró las dudas de la *Cour de cassation* a principios del año 2025, en una sentencia *Delda*<sup>70</sup>. Primero, destaca que la DOEI no contiene ninguna definición de una «medida de investigación», ni se remite a los Derechos internos a tal efecto, por lo cual una interpretación autónoma por el TJUE es adecuada<sup>71</sup>. Una primera aproximación al concepto permite definirlo como «cualquier acto de investigación destinado a demostrar la existencia de un hecho punible, las circunstancias en las que se ha cometido y la identidad de su autor»<sup>72</sup>. Tanto el objeto de la OEI, que es «que el Estado miembro de ejecución transmita determinadas pruebas al Estado miembro de emisión»<sup>73</sup>, como el objetivo perseguido por la DOEI confirman esta definición «simple y usual»<sup>74</sup>.

A partir de esta definición, el TJUE analiza luego las medidas solicitadas en la OEI emitida por las autoridades españolas en 2021. Concluye primero que la notificación a una persona de un auto de procesamiento dictado en su contra no constituye una medida de investigación susceptible de dar lugar a la emisión de una OEI. En cuanto a la solicitud de toma de declaración, conviene verificar si dicha declaración tiene por objeto obtener pruebas (y no solamente permitir al acusado formular sus alegaciones sobre el procesamiento tramitado en su contra). El TJUE añade además que una OEI no puede servir para solicitar una orden de prisión provisional, ni la imposición de constituir una fianza. En conclusión, si bien recae sobre el tribunal francés decidir si la OEI emitida por las autoridades españolas es parcialmente ejecutable o totalmente inválida, se puede decir que el TJUE, siguiendo las conclusiones del Abogado General Collins, ha adoptado una definición clara e ilustrada de lo que constituye una «medida de investigación» en el sentido de la DOEI, imponiendo una práctica restrictiva a las autoridades emisoras.

Dos elementos adicionales merecen atención en esta sentencia. Por una parte, cabe subrayar el carácter sumamente pedagógico de esta sentencia.

70. STJUE, *Delda*, 09 Ene. 2025, C-583/23. Ver LARO GONZÁLEZ, E., «El concepto de medida de investigación según la Directiva (UE) 2014/41, a propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de enero de 2025 (asunto C-583/23)», *Diario La Ley*, n.º 10691 (2025).

71. Punto 27.

72. Punto 28.

73. Punto 32.

74. Punto 35.

El TJUE expone su argumentación de manera muy lógica y no se conforma con darle una respuesta teórica al tribunal francés, sino que incluso aplica esta definición a la situación concreta que se le presenta. Parece que tiene muy presente lo que está en juego con esta cuestión prejudicial y que efectivamente quiere dejar muy claro a los Estados para qué pueden emitir una OEI, a fin de evitar una instrumentalización de la orden y un sobreuso fuera de su ámbito de aplicación. Para una pedagogía óptima, el TJUE incluso indica cuál otro instrumento puede servir para solicitar la notificación de un auto de procesamiento<sup>75</sup>.

Por otra parte, se podría identificar una carencia en esta sentencia. Así pues, la *Cour de cassation* informó al TJUE que la persona sospechosa fue entregada a España en 2022 y que el acta de su toma de declaración de 2021 fue transmitida a las autoridades judiciales españolas. No obstante, el TJUE concluye en una posibilidad limitada para las autoridades francesas de ejecutar la OEI, dependiendo de la finalidad de la toma de declaración solicitada. Entonces, ¿qué pasa si el tribunal francés establece *a posteriori* que la OEI era inválida? Si bien la ejecución anticipada de la OEI pese a un recurso de la persona sospechosa es conforme con el artículo 14.6 de la DOEI, ni dicha directiva, ni el TJUE, ofrecen vías de recurso para que la persona sospechosa pueda solicitar volver a la situación previa a la ejecución de la OEI. De hecho, el derecho al recurso de la persona sospechosa en el marco de una OEI, y más ampliamente su capacidad de actuación, sigue siendo una cuestión pendiente.

#### IV. LA CAPACIDAD DE ACTUACIÓN DE LA PERSONA SOSPECHOSA

Antes de acabar con este estudio, es preciso ver en qué medida la DOEI y su transposición a los ordenamientos francés y español toman en cuenta la persona sospechosa sometida a una investigación transfronteriza. En efecto, la OEI, como instrumento de cooperación judicial penal, se adoptó para agilizar la cooperación entre las autoridades penales en la Unión Europea. Sin embargo, es importante tener en mente que, en un proceso penal, existe otra parte frente a la acusación penal: la persona sospechosa, después imputada. A esta persona, parte débil del proceso, se le debe reconocer derechos procesales que le permitan defenderse ade-

---

75. Punto 37. Se trata del artículo 5 del Convenio de asistencia judicial en materia penal de 2000.

cuadramente<sup>76</sup>. Entre estos derechos, se encuentran el derecho a solicitar medios de prueba y el derecho a solicitar la nulidad de las actuaciones. Con respecto a la OEI, ni el primero de estos derechos (1.), ni el segundo (2.) es efectivo<sup>77</sup>.

# 1. ¿PUEDE LA PERSONA SOSPECHOSA EMITIR UNA OEI?

Esta pregunta es fundamental porque, aunque no estamos, ni en Francia, ni en España, en un sistema acusatorio como el inglés o el estadounidense, donde la persona sospechosa tiene que investigar para preparar su defensa y encontrar pruebas a favor de su inocencia, también es posible que la persona sospechosa en España o Francia quiera que se adopten medidas de investigación de su iniciativa para apoyar su estrategia de defensa. No obstante, a primera vista, no es tan evidente que pueda emitir una OEI. En efecto, como lo establece el artículo 1.1 de la DOEI, dicho instrumento es una resolución *judicial*. Es decir, solamente puede ser emitida por una autoridad judicial, o bien un juez, o bien un fiscal o *procureur*, dejando de lado como persona autorizada al sospechoso o su abogado defensor. Así pues, en todo caso, si quiere que se ejecute una OEI a su favor, la persona sospechosa tendrá que solicitar su emisión a la autoridad judicial nacional competente.

Tal hipótesis supone que la persona sospechosa tiene el derecho a solicitar la emisión de una OEI a una autoridad judicial. Contempla esta facultad la DOEI, en su artículo 1.3: «la emisión de una OEI puede ser solicitada por una persona sospechosa o acusada (o por un abogado en su nombre), en el marco de los derechos de la defensa *aplicables de conformidad con el procedimiento penal nacional*» (énfasis mío). Tal disposición no estaba prevista en la propuesta de directiva y su incorporación constituye una mejora

76. En 2009, en el Programa de Estocolmo, la Unión Europea reconoció la necesidad de adoptar directivas para aproximar los derechos procesales de los sospechosos en todos sus Estados miembros y fijar reglas mínimas. Entre 2010 y 2016, se adoptaron seis directivas en este marco, entre las cuales una relativa al derecho a la información en 2012 o una relativa al derecho a la asistencia letrada en 2013.

77. Para un balance de las disposiciones respectivas en la DOEI, ver FAUCHON, C., «European Investigation Order Directive: what about defence rights?», *Proceedings of the 2021 ECLAN PhD Seminar «The Significance of EU Criminal Law in the 21st Century: The Need for Further Harmonisation or New Criminal Policy?»*, Vilnius University Open Series (2021), pp. 42-48: <https://www.journals.vu.lt/open-series/article/view/24046/23354> (consulta: 19/12/2024).



ISBN: 978-84-1085-547-2

