

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL FUTURO EXHORTO EUROPEO DE OBTENCIÓN DE PRUEBAS PARA RECABAR OBJETOS, DOCUMENTOS Y DATOS DESTINADOS A PROCEDIMIENTOS EN MATERIA PENAL

Por D.^a M.^a Isabel González Cano. Profesora titular de Derecho procesal de la Universidad de Sevilla. Asesora del Ministro de Justicia

I. Introducción. Los últimos avances en cooperación judicial penal en la Unión Europea

Hasta hace relativamente poco tiempo, la cooperación judicial penal entre Estados miembros de la actual UE se ha llevado a cabo a través de instrumentos tradicionales y clásicos de cooperación internacional, tales como la cooperación en el seno del Consejo de Europa o los acuerdos bilaterales y la cooperación intergubernamental, además del sistema de asistencia judicial.

Sin embargo, desde el Consejo Europeo de Bruselas de 1972, en el que se apunta la idea de la creación de un espacio judicial europeo, han existido avances en la materia, eso sí, lentos y cautelosos. Lentitud y gran cautela que se deben, por una parte, a que la cooperación judicial en materia penal afecta en gran medida al núcleo esencial de la soberanía nacional y, además, por otra, a la preocupación más acuciante de la integración económica, que precisamente ha potenciado más decididamente la cooperación judicial en materia civil.

La unión económica y monetaria, la libre circulación de bienes, personas y capitales, da lugar a un incremento considerable de la criminalidad transfronteriza, de bandas organizadas y de delincuencia financiera, cibercriminalidad, etc., lo cual ha obligado a la UE a desarrollar con decisión el denominado espacio de libertad, seguridad y justicia a través de diversos mecanismos, tales como el Convenio europeo en materia de asistencia judicial penal de 29 de mayo de 2000, la creación de órganos descentralizados para facilitar y hacer más rápida la cooperación, como los magistrados de enlace, Eurojust o la Red Judicial Europea (RJE) y, fundamentalmente, el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales basado en la confianza recíproca entre los sistemas judiciales de los diversos Estados miembros, ya que en todos ellos rige el Estado de Derecho y el respeto por los derechos y libertades fundamentales.

En realidad, la creación de un espacio judicial europeo es un proceso largo, que evidentemente no ha concluido, y que ha pasado hasta ahora por diversas etapas, en función del Tratado vigente en cada momento y de los instrumentos normativos que éstos ofrecían. No siendo el objetivo de este trabajo realizar un repaso pormenorizado de esta evolución, sobre la que existen excelentes contribuciones¹, sí que al menos se nos permitirá realizar aquellos pasos que entendemos trascendentales en la misma. Nos referimos básicamente a los hitos que se producen a partir del Tratado de Ámsterdam de 1997 y a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia.

Efectivamente, a pesar de los avances logrados en el Tratado de Maastricht de 1992, en el que ya se reconoció expresamente a los asuntos de interior y justicia como de «interés común», sin embargo, el modelo elegido era el de la cooperación y no el de la integración jurídica. Así, toda la labor normativa quedaba sometida a la unanimidad, los instrumentos jurídicos específicos en cooperación penal eran diferentes de los utilizados en el pilar comunitario, y el sistema Schengen se mantenía apartado no sólo de los tratados constitutivos, sino también del pilar extracomunitarizado. Quedaba, pues, claro, como se manifestaba en el Dictamen de la Comisión de 28 de febrero de 1996², la necesidad de objetivos claros e instrumentos y métodos apropiados para esta cooperación, que hasta el momento se caracterizaba por la ausencia de eficacia y de control democrático y judicial.

En el Tratado de Ámsterdam, los asuntos de justicia e interior dejan de ser un tema de interés común para convertirse en objetivo prioritario de la Unión, en concreto el objetivo de la construcción de un espacio de libertad, seguridad y justicia, de manera que, a partir de su entrada en vigor el 1 de mayo de 1999, la Unión no es sólo un mercado común con libre circulación de personas, capitales y bienes, sino también un espacio común en el que se pretende facilitar al ciudadano un elevado nivel de protección y de acceso a la justicia.

Desde la perspectiva material el Tratado de Ámsterdam, mientras comunitariza (paso al primer pilar) la inmigración y la cooperación judicial civil, la materia de cooperación judicial penal y policial sigue quedando enmarcada en el tercer pilar intergubernamental. Pero desde el punto de vista formal o de los instrumentos jurídicos para regular esta cooperación penal, se da un paso trascendental, eliminando las acciones comunes, manteniendo las posiciones comunes y los convenios, aunque sustituyendo la necesidad de unanimidad por la ratificación mayoritaria, y sobre todo creando las decisiones marco y las decisiones como instrumentos jurídicos más parecidos a los estrictamente comunitarios, es decir, las directivas y los reglamentos.

Además, el Tratado de Ámsterdam permitió, mediante un Protocolo, la incorporación del acervo Schengen al ámbito de la Unión, lo cual significaba dos cosas. Por una parte, un significativo reconocimiento del proceso de cooperación intergubernamental y sus logros y, por otro, la incorporación a este proceso de Estados de la Unión Europea que no habían

1 ARANGÜENA FANEGO, «Avances en cooperación judicial penal en la Unión Europea», en *Logros, iniciativas y retos institucionales y económicos: la Unión Europea del siglo XXI* (coord. por VEGA MOCOROJA), Valladolid, 2004, pp. 107 y ss.; AZPARREN LUCAS, LOPES DA MOTA, GUTIÉRREZ ZARZA, *El espacio judicial europeo. Cooperación judicial civil y penal (Código de normas)*, Madrid, 2004, pgs. 15 y ss.; JIMENO BULNES, «European Judicial Cooperation in Criminal Matters», en *European Law Journal*, vol. 9-5, diciembre 2003.

2 Dictamen para la conferencia intergubernamental de 1996, COM (96) 90 final, de 28 de febrero de 1996 («Reformar la Unión y preparar la ampliación»).

tomado parte en los acuerdos intergubernamentales de Schengen.

Aunque el Plan de acción de Viena del Consejo y de la Comisión de 3 de diciembre de 1998, relativo a la aplicación del Tratado de Ámsterdam sobre la creación de un espacio de seguridad, libertad y justicia, definió unos importantes objetivos prioritarios en la materia, sin lugar a dudas el gran impulso en materia de cooperación judicial penal se produce en el Consejo europeo de Tampere de octubre de 1999, que por vez primera reunió a los Jefes de Estado y de Gobierno de los entonces quince Estados miembros en torno al tema monográfico de justicia e interior y de creación del espacio de libertad, seguridad y justicia.

De este Consejo surge el principio de reconocimiento mutuo como piedra angular de la cooperación judicial civil y penal, que, con base en la confianza recíproca, supera el sistema de petición o solicitud y lo sustituye por un mecanismo de cooperación a través del reconocimiento de resoluciones de forma directa y automática entre autoridades judiciales de los diferentes Estados de la Unión.

A continuación, el Consejo y la Comisión cumplieron la solicitud del Consejo Europeo, y elaboraron un ambicioso programa de medidas para poner en práctica este principio de reconocimiento mutuo en materia civil y mercantil, por un lado, y en materia penal, por otro.

Sobre este programa de medidas y su alcance ya tuvimos ocasión de pronunciarnos en su momento³, y constituye la base del nuevo instrumento que se elabora en estos momentos en torno al exhorto europeo de pruebas, y sobre el que tratamos en las páginas que siguen.

El Tratado de Niza de 26 de febrero de 2001, en vigor desde el 1 de febrero de 2003, es la última gran reforma institucional que incide en la construcción de un espacio de libertad, seguridad y justicia. En tal sentido, y sin ánimo de exhaustividad, la cooperación supera ya la estructura de los pilares comunitarios, con lo que desaparece el tercer pilar sometido a la cooperación intergubernamental, y todas las políticas de la Unión se unen en una misma estructura.

Las políticas relativas al espacio europeo de libertad, seguridad y justicia pasan a contar con nuevos instrumentos normativos (leyes y leyes-marco europeas); además, se otorgan mayores facultades a la Comisión, al Parlamento y al Tribunal de Justicia, y se admite la iniciativa de una cuarta parte de los Estados para el inicio de una propuesta legislativa; se potencia Eurojust y se prevé la creación de una Fiscalía Europea para combatir las infracciones contra los intereses financieros de la Unión, sin perjuicio de ampliar sus competencias a supuestos de delincuencia grave transfronteriza.

Con el fin de que la Unión estuviera preparada para la entrada en vigor de la Constitución para Europa, el Consejo europeo adoptó el conocido programa de La Haya el 5 de noviembre de 2004, un programa marco para 2005 a 2009, que supone la continuación de la iniciativa de Tampere de 1999. Su objetivo no es otro que mejorar las condiciones de los Estados para garantizar los derechos fundamentales, las salvaguardas procesales mínimas y el acceso a la justicia, así como luchar contra la delincuencia organizada transfronteriza.

za y el terrorismo, y seguir profundizando en el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales.

La situación actual en materia de cooperación judicial penal pasa, pues, por cuatro líneas esenciales, que son:

1. La potenciación y reforzamiento de la cooperación intergubernamental clásica o tradicional, incidiendo en la cooperación en la tramitación de las causas y la ejecución de las resoluciones. Ejemplos de ello son la figura de los magistrados de enlace, la red judicial europea, las buenas prácticas de asistencia judicial en materia penal y el proyecto Eurojust.

Todo esto se completa con diversos intentos de compatibilización de las normas aplicables en los Estados miembros, partiendo de que en Tampere se pidió que se iniciaran trabajos para lograr normas mínimas de Derecho procesal para facilitar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo, sobre todo respecto de los derechos de las víctimas (Decisión del Consejo de 15 de marzo de 2001 sobre el estatuto de la víctima en el proceso penal y Directiva 2004/80/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre indemnización a las víctimas de los delitos), y los derechos del acusado en el proceso penal (propuesta de Decisión del Consejo relativa a determinados derechos procesales en los procesos penales celebrados en la UE).

Igualmente, y con arreglo al art. 31.d) del TUE, se intentan buscar mecanismos para prevenir y solucionar los posibles conflictos de jurisdicción entre los Estados miembros, que se pueden plantear por la diversidad de criterios empleados por los Estados para determinar la extensión de sus tribunales de justicia (territorialidad y jurisdicción universal). Así, podemos citar, de nuevo sin ánimo de agotar esta temática, la coordinación entre autoridades nacionales a través de la Red Judicial europea y los registros penales de asuntos pendientes, y la Propuesta de Decisión Marco del Consejo relativa a la lucha contra la criminalidad organizada de 2005, cuyo art. 7 prevé que si varios Estados resultan competentes deberán cooperar y consultarse para coordinar su acción y decidir cuál de ellos perseguirá al autor de la infracción. Además, se establecen como criterios de prelación el Estado en el que se cometieron los hechos, el Estado del que sea nacional o residente el presunto autor, el Estado origen de las víctimas, y el Estado en cuyo territorio sea encontrado el autor.

2. La simplificación de la extradición, objetivo que se logra en gran medida con la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002, relativa a la orden europea de detención y entrega, en la que se diseña un nuevo mecanismo, de naturaleza exclusivamente jurisdiccional, a través del cual una resolución de una autoridad judicial de un Estado miembro relativa a la detención y entrega de un sujeto para juzgarlo o para ejecutar una pena privativa de libertad, llega directamente y sin pasos intermedios a la autoridad judicial del Estado donde se encuentra el sujeto requerido para su ejecución. Características esenciales de este instrumento son su carácter estrictamente judicial, la mínima lista de motivos de denegación de la ejecución de la orden, la reducción de los supuestos en los que se exigirá la doble incriminación, y la desaparición de motivos clásicos de denegación de la extradición como la no entrega de los nacionales⁴.

3. El intento de armonización de infracciones penales y sanciones aplicables en formas graves de delincuencia, fundamentalmente delincuencia organizada, terrorismo y tráfico de drogas.

4. Y la potenciación e intensificación del reconocimiento mutuo mediante nuevos instrumentos que permitan la libre circulación de resoluciones penales en el marco de la Unión.

En tal sentido, el primer instrumento adoptado sobre reconocimiento mutuo en materia penal fue la Decisión Marco relativa a la orden europea de detención y entrega de 2002, actualmente transpuesta por los veinticinco Estados miembros y en pleno funcionamiento, al cual siguieron la Decisión Marco relativa a la ejecución en la UE de las resoluciones de embargo preventivo y de aseguramiento de pruebas de 2003, la Decisión marco para el reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias de 2005 y la Decisión marco relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito, igualmente de 2005.

En proceso normativo de elaboración, se encuentran igualmente la Propuesta de Decisión del Consejo de 2004 relativa a determinados derechos procesales en los procesos penales celebrados en la UE, la Propuesta de Decisión del Consejo sobre intercambio de información de los registros de antecedentes penales de 2004, la Propuesta de Decisión Marco del Consejo de 2005 sobre lucha contra la criminalidad organizada, y el Libro Verde de 2004 sobre reconocimiento mutuo de medidas de control no privativas de libertad.

Por otra parte, la cooperación judicial necesaria durante la tramitación de los procesos penales, o auxilio judicial mutuo en materia penal se continúa desarrollando en la actualidad con base en instrumentos del Consejo de Europa, fundamentalmente el Convenio de asistencia judicial en materia penal de 29 de mayo de 2000 y su Protocolo adicional de 16 de octubre de 2001 (equipos conjuntos de investigación, entregas vigiladas, videoconferencia, intervenciones transfronterizas de comunicaciones, etc.).

II. Definición del exhorto europeo

Como acabamos de ver, la creación del espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea encuentra en la cooperación judicial internacional una de sus piezas esenciales. Una importancia que contrasta con las dificultades que han de superarse para su consecución, y que se derivan de sus implicaciones con la soberanía de los Estados, de las diferencias entre los sistemas penales y procesales de los distintos Estados, las barreras lingüísticas y la lentitud de los instrumentos tradicionales de cooperación.

Para la superación de estos obstáculos la Unión Europea propone un avance definitivo que supere las formas clásicas de cooperación judicial internacional a través, entre otros, de la recuperación del concepto de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, que se consagró en la Cumbre de Tampere como «piedra angular» de la cooperación judicial en materia civil y penal en la Unión.

Uno de los últimos pasos en esta dirección se está dando con la negociación en la Unión Europea de la propuesta de Decisión Marco, relativa a la ejecución en la Unión Europea de los exhortos para la obtención de pruebas. Un paso al que seguirán otros en un plazo previsiblemente breve, que darán forma a una nueva cooperación judicial en materia penal.

Por tanto, entre las iniciativas que en materia de reconocimiento mutuo de resoluciones penales que se están tramitando en la actualidad, se encuentra la Propuesta de Decisión Marco del Consejo relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal, cuya última versión es de 14 de octubre de 2005⁵.

El objeto de esta norma es establecer el mecanismo a través del cual se van a transmitir por parte de las autoridades judiciales las resoluciones para la transferencia de documentos, datos y objetos, acordadas en procedimientos penales cuando los objetos, datos o documentos objeto de la medida se encuentren en otro Estado miembro de la Unión Europea. E, igualmente, de qué forma las autoridades judiciales de los Estados de ejecución van a reconocer y cumplir tales resoluciones cuando provengan de una autoridad judicial de otro Estado miembro.

Nuevamente, siguiendo las pautas acordadas para la orden europea de detención y entrega, una de las principales novedades de esta propuesta es la renuncia a la exigencia del control de la doble incriminación para una serie de infracciones que se establecen en la propuesta de decisión marco, siempre que la pena prevista para ellos en el Estado de emisión supere el umbral señalado, y que comprende las «penas privativas de libertad cuya duración máxima sea de al menos tres años» según la tipificación del Estado de ejecución. Para el resto de los casos se prevé, no el mantenimiento de la exigencia de la doble tipicidad, sino la posibilidad de que discrecionalmente el Estado requerido exija la concurrencia o no de este presupuesto.

Como consecuencia de la actuación del principio de reconocimiento mutuo, la decisión de la autoridad judicial de reconocer y ejecutar la orden acordada por la autoridad judicial extranjera es casi automática, sin necesidad de verificar su conformidad con su ordenamiento jurídico interno, y se limitan los supuestos de denegación de la ejecución de la decisión transmitida a causas tasadas y estrictamente previstas en el articulado, que además se configuran como discrecionales u optativas para el órgano de la ejecución.

Hay que tener presente que el ámbito de esta norma no comprende cualquier medida que pueda adoptarse en el curso de un proceso penal respecto a objetos o efectos relacionados con el delito. Por lo pronto, no se incluyen en su ámbito de aplicación ni las medidas cautelares personales, como sería la entrega de detenidos, ni las medidas cautelares reales propias del proceso civil, incluso aunque se ejerciten —como de ordinario ocurre en el proceso español— acumuladas al proceso penal, cuyo objeto será la restitución de cosas determinadas, la reparación del daño y la indemnización de

3 GONZÁLEZ CANO, «Algunas consideraciones sobre el reconocimiento mutuo de resoluciones firmes en materia penal», en *Tribunales de Justicia, Revista española de Derecho Procesal*, La Ley, n° 7, julio 2001, pgs. 19 y ss.

4 GONZÁLEZ CANO, «La ejecución condicionada del mandamiento de detención y entrega europeo», en *Unión Europea Aranzadi*, n° 6, junio

de 2003, pgs. 5 y ss.; ídem, «La supresión de la extradición entre los Estados europeos. Consideraciones particulares sobre la ejecución condicionada de la orden europea de detención y entrega», en *VV AA, Temas actuales de Derecho penal. Desafíos del Derecho Penal contemporáneo*, Perú, 2004, pgs. 749 y ss.; ídem, «La orden de detención europea: ejecución condicionada del mandamiento y concurso de solicitudes y procedimientos», en *Il mandato di arresto europeo e lestradizione, profili costituzionali, penali, processuali ed internazionali*, coord. por Eduardo Roza, Università degli Studi di Urbino «Carlo Bo», CEDAM, Milano, 2004, pgs. 151 y ss.

5 Doc. 13314/05, COPEN 158.

daños y perjuicios. Tampoco se comprenden cualesquiera medidas cautelares reales propias del proceso penal, como serían aquellas que pretendieran asegurar la efectividad de la imposición de una pena de multa o el pago de las costas procesales.

La primera particularidad que nos llama la atención es la terminología utilizada sobre la resolución que dicta el órgano emisor, un «exhorto», y no una «orden» o «resolución», términos ya generalizados en el ámbito del desarrollo del principio de reconocimiento mutuo entre autoridades judiciales, que ha venido a sustituir a la nomenclatura más propia de la cooperación intergubernamental basada en el auxilio y la asistencia judicial.

Por otro lado, hablar de exhorto para la «obtención de pruebas» resulta procesalmente impropio, ya que lo que se recaba o respecto a lo que se solicita la entrega son datos, objetos, o elementos que puedan llegar a constituir fuentes de prueba, y en su día, en el juicio oral, material sobre el que practicar la prueba en sentido estricto.

El exhorto europeo de obtención de pruebas, en la terminología utilizada por la propuesta, es una resolución judicial expedida por una autoridad competente de un Estado miembro, con el objeto de recabar objetos, documentos y datos de otro Estado para la tramitación de un procedimiento penal entablado en el país de expedición o de origen (art. 1.1), el cual ejecutará dicho exhorto sobre la base del principio de reconocimiento mutuo, y siempre respetando los derechos fundamentales y principios jurídicos fundamentales del art. 6 del TUE, así como el resto de obligaciones que correspondan a las autoridades judiciales, se entiende «obligaciones» dimanadas de los ordenamientos internos de los Estados de origen y de ejecución, así como del CEDH.

Como en otros instrumentos basados en el principio de reconocimiento mutuo y en el de confianza recíproca, el art. 2 de la propuesta de Decisión Marco contiene un elenco de definiciones de algunos de los conceptos fundamentales utilizados en el texto normativo, tales como Estado de expedición u origen, Estado de ejecución, órganos de expedición y de ejecución, y una serie de conceptos relacionados con los datos informáticos o electrónicos que pueden ser objeto del exhorto, y que conviene unificar, como «sistema de información», «datos informáticos», o «red de comunicaciones electrónicas».

Respecto a estas definiciones, conviene destacar que debe entenderse por «órgano de expedición» y «órgano de ejecución» en el apartado c) del art. 2 de la propuesta de Decisión Marco. En tal sentido, el exhorto puede ser expedido por un juez o tribunal de la instrucción, o un fiscal, que el instrumento equipara en tal sentido a autoridad judicial, o bien por «cualquier otra autoridad judicial» en la que concurran tres circunstancias:

1. Que sea definida como tal por el Estado de expedición, para lo cual los Estados miembros notificarán a la Secretaría General del Consejo las autoridades competentes para expedir exhortos en virtud de su legislación nacional.
2. Que en el caso específico actúe como autoridad de investigación en procedimientos penales, con lo que queda claro que la utilización en este caso de este instrumento queda circunscrita a la fase de investigación o instrucción.
3. Y que tal órgano tenga competencia para obtener pruebas en casos transfronterizos con arreglo a la legislación

nacional, con lo que el instrumento penal que comentamos se limita necesariamente a los casos transfronterizos, que a estos efectos serán aquellos en los que objetos, datos o elementos que puedan considerarse fuentes de prueba en un proceso tramitado en el Estado de expedición u origen se encuentren en otro Estado diferente.

Hay que tener presente que la propuesta inicial de la Comisión definía el «órgano de expedición» como juez, juez de instrucción o fiscal con competencias en virtud del Derecho nacional. En las negociaciones, algunos Estados consideraron que esta definición sería incompatible con el Convenio del Consejo de Europa de 1959 de asistencia judicial, que deja la posibilidad a los Estados miembros de notificar las autoridades competentes para expedir solicitudes de asistencia judicial con arreglo a su legislación nacional, y en tal sentido algunos Estados han notificado al Consejo de Europa órganos distintos de los jueces, jueces de instrucción o fiscales, como por ejemplo autoridades policiales, como órganos competentes para la expedición de solicitudes.

Estos mismos Estados defienden que si se limitaba la definición a las autoridades judiciales en sentido estricto, se excluirían partes muy importantes de su procedimiento previo al juicio del régimen del exhorto europeo de obtención de pruebas. Y para dar una respuesta lo más funcional posible a estas inquietudes, la propuesta de Decisión Marco incluye como órgano de expedición a otras autoridades de la investigación con arreglo a la legislación nacional del Estado requirente o de expedición.

Ahora bien, en conjunción con esto, los órganos de ejecución tendrán la posibilidad de solicitar la validación o ratificación del exhorto europeo de obtención de pruebas por un juez, un tribunal, un juez de instrucción o un fiscal cuando el exhorto europeo sea expedido por otra autoridad prevista en el segundo guión del artículo 2.c) (es decir, una autoridad no judicial o administrativa), y cuando su ejecución requiera el uso de medidas coercitivas (artículo 12, apartado 2).

Antes de decidirlo, el órgano de ejecución debe consultar al órgano de expedición. Además, los Estados miembros tendrían la posibilidad de notificar si consideran necesaria la validación en todos los casos en que el exhorto europeo de obtención de pruebas sea expedido por un autoridad contemplada en el segundo guión del artículo 12 (autoridad no judicial), independientemente de si la ejecución de dicho exhorto europeo requiere el uso de medidas coercitivas.

En consecuencia, era necesario introducir en el artículo 18 y en el artículo 15, respectivamente, un motivo correspondiente de aplazamiento de la resolución de reconocimiento a la espera de la validación judicial, y un motivo correspondiente a la denegación cuando no se produce la validación, como veremos más detenidamente en las páginas que siguen.

Por su parte, llamamos la atención sobre el apartado d) del art. 2, según el cual el «órgano de ejecución» será aquel que, conforme a su legislación nacional, tenga competencia para reconocer o ejecutar un exhorto europeo. A nuestro modo de ver, el término «reconocer», que también se utiliza en los arts. 11 y concordantes de la iniciativa, debe entenderse en sus justos términos, no como procedimiento de exequatur o incluso de asistencia judicial, ya que realmente, y como especifica claramente el art. 11, el exhorto se reconocerá sin requerirse ninguna formalidad, sin perjuicio de que puedan

aplicarse los motivos de denegación o aplazamiento previstos en la propuesta.

El exhorto europeo se emite mediante un formulario, que, además, debe ser certificado como exacto por el órgano de expedición, debiendo constar traducción a la lengua oficial del Estado de ejecución. A pesar de que existen reservas de numerosos Estados en torno a esta exigencia, en cualquier caso, entendemos que la traducción previa por el órgano de origen facilitaría enormemente al Estado de ejecución el cumplimiento de los plazos de reconocimiento y ejecución previstos en el art. 17 del instrumento.

III. Ámbito de aplicación

1. Procedimientos para los que puede expedirse

Con arreglo al art. 4 de la propuesta, los procedimientos para los que puede expedirse un exhorto europeo de obtención de pruebas son dos:

1. Procedimientos penales entablados por una autoridad judicial o que vayan a entablarse ante el juez, por hechos constitutivos de delito con arreglo al ordenamiento del Estado de expedición.

2. Y, como acabamos de ver al comentar las autoridades competentes para la expedición del exhorto, procedimientos incoados en el Estado de expedición por autoridades administrativas o judiciales respecto a infracciones de disposiciones legales que pudieran desembocar en un procedimiento judicial penal, incluidos aquellos en los que pudiera ser considerada responsable o ser sancionada una persona jurídica.

2. Supuestos probatorios excluidos

Con carácter general, el exhorto europeo de obtención de pruebas, o más estrictamente, de fuentes de prueba, se referirá a los objetos, documentos o datos que en él se especifiquen, y que ya obren en poder del Estado de ejecución antes de la expedición del exhorto.

Sin embargo, el art. 3.2 de la propuesta incluye cinco supuestos en los que no cabrá la utilización de este instrumento de cooperación, que son:

1. Entrevistas, declaraciones o interrogatorios de sospechosos, testigos o peritos. Sin embargo, sí que pueden formar parte del exhorto la toma de las declaraciones hechas a las «personas presentes» durante la ejecución del exhorto y «directamente afectadas por el mismo» en la medida que lo permita la legislación del Estado de ejecución. Tales personas no pueden ser otras que el imputado que se encuentre en el Estado de ejecución, o posibles testigos, o los propietarios o legítimos poseedores del objeto o documento. Estas declaraciones, realizadas en la fase de investigación, deberán ser consideradas con carácter general como medios de investigación complementarios al propio exhorto, pero carecerán por sí mismas de valor probatorio.

2. Obtención de materiales orgánicos directamente del cuerpo humano, incluidas las muestras de ADN. Obsérvese cómo al referirse el precepto a las muestras directamente obtenidas del cuerpo, el material orgánico como tal no está

excluido del ámbito de aplicación del exhorto europeo de obtención de pruebas.

3. Obtención de información mediante intervención de comunicaciones, vigilancia o control de cuentas bancarias.

4. Obtener investigaciones adicionales mediante análisis forenses o registros sistemáticos. En cualquier caso, sí que podría incluirse en la ejecución del exhorto, sin que ello exija tener que practicar una investigación complementaria, cualquier documento o dato que la autoridad del Estado de ejecución descubra al ejecutar el exhorto.

5. Obtener datos de comunicaciones retenidos por proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas accesible al público o red de comunicaciones pública.

Todos estos supuestos de obtención de fuentes de prueba, con las excepciones que comentamos más arriba, continuarán rigiéndose por el sistema de transferencia probatoria del Convenio de asistencia judicial penal de 2000, quedando en principio fuera de este instrumento de transferencia basada en el reconocimiento mutuo.

IV. La expedición del exhorto europeo de obtención de pruebas

1. Condiciones para expedir el exhorto

La expedición del exhorto europeo está condicionado en el art. 6 de la propuesta de Decisión Marco al cumplimiento de dos presupuestos que debe comprobar y verificar el órgano de la expedición.

1. En primer lugar, acorde con las exigencias de cualquier medio de investigación en un proceso penal, la necesidad y proporcionalidad de la propia medida y, por tanto, de la solicitud, en cuanto que en esos datos, objetos o documentos, cuya aportación se pide, concurran esas dos notas fundamentales, y en cuanto a los indicios racionales de que se encuentran en el país requerido.

Por tanto, deberá ser el Estado requirente el que se asegure de la necesidad y proporcionalidad del exhorto europeo y el que confirme en el formulario que no existe motivo de denegación basado en esta cuestión.

2. En segundo lugar, lo que podríamos llamar «reciprocidad», es decir, que el objeto, documento o dato podría obtenerse conforme a la ley del Estado de expedición si estuvieran disponibles en su territorio, independientemente de que tuvieran que utilizarse medidas procesales diferentes.

2. Traslado del exhorto

Característica esencial del exhorto europeo es la relación directa entre autoridades judiciales o competentes para la expedición y ejecución del mismo, siempre que se considere por el órgano de la expedición o emisor que hay motivos razonables para entender que «se puede tener acceso a los correspondientes objetos, documentos o datos» en el Estado de la ejecución (art. 7.1), o, mejor dicho, que los mismos se encuentran en dicho Estado.

Este traslado directo se realizará por cualquier medio que deje constancia escrita de manera que el Estado de ejecución pueda establecer su autenticidad⁶. Cualquier dificultad que

⁶ Todo Estado podrá designar un órgano central o, si así lo prevé su sistema jurídico, más de uno, para asistir a los órganos competentes, en orden al traslado y recepción administrativa del exhorto y de la correspondencia oficial relativa al mismo. Los Estados comunicarán

surja en relación con este traslado o con la autenticidad de algún documento necesario para ejecutar el exhorto se tramitará igualmente mediante consulta directa entre los órganos de expedición y ejecución o, cuando sea pertinente, con la participación de los órganos centrales de ambos Estados (art. 7.4).

Caso de que se desconozca el órgano de ejecución, el Estado de expedición realizará las averiguaciones necesarias en la RJE para obtener tal información.

Si el órgano que recibe el exhorto no es competente para reconocerlo y ejecutarlo, deberá transmitirlo de oficio a la autoridad competente, incluyendo, al parecer, aunque el texto no lo especifica, los casos en que dicha autoridad pertenezca a otro Estado, y notificarlo así al órgano de la expedición.

Destaca en el art. 21 de la propuesta el especial y flexible régimen que se establece para los datos contenidos en sistemas de información, de manera que cada Estado adoptará las medidas necesarias para asegurarse de que puede ejecutar un exhorto europeo, sin más formalidades, cuando los datos informáticos estén almacenados en un sistema de información en el territorio de otro Estado miembro, pero sean legalmente accesibles a una persona física o jurídica en el territorio del Estado de ejecución mediante una red de comunicaciones electrónicas, y cuando los datos informáticos se refieran a un servicio prestado por esa persona física o jurídica en el Estado de ejecución a una persona física o jurídica en el mismo territorio.

3. Exhorto para pruebas complementarias

Se refiere el art. 9 al denominado «exhorto para pruebas complementarias», es decir, a la posibilidad de que el órgano de expedición solicite documentos, datos u objetos complementarios a un anterior exhorto expedido para el mismo procedimiento penal, y cuyo contenido coincida con el exhorto original, en cuyo caso no se requerirá expedir un nuevo exhorto.

Si bien es fácilmente comprensible que para el mismo procedimiento se proceda a ampliar el exhorto original o primero, lo que no puede establecerse como requisito para ampliar el exhorto es que el contenido de la ampliación coincida con el exhorto original, ya que evidentemente el contenido serán documentos, datos u objetos diferentes de los inicialmente recabados y recepcionados en el Estado emisor o de expedición.

Sólo se nos ocurre un supuesto en el que el exhorto complementario tuviera el mismo contenido que el original, y es cuando éste haya sido una solicitud de embargo preventivo de un objeto y el complemento sea la orden (exhorto) de entrega al Estado de expedición. Atendiendo a la Decisión Marco relativa a la eficacia en la UE de las resoluciones de embargo y aseguramientos de pruebas en procedimientos penales (Decisión Marco 2003/577/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003), y al reciente Proyecto de Ley para su transposición al ordenamiento español, en la certificación expedida sobre la resolución de embargo o aseguramiento ya puede solicitarse la transferencia de los bienes o elementos de prueba, lo cual decidirá la autoridad del Estado de ejecución con arreglo a las normas de asistencia judicial aplicables

al caso, y, cuando finalmente se apruebe y aplique la Decisión Marco sobre exhorto europeo, a través de la transferencia directa entre los órganos jurisdiccionales implicados, que sustituirá la asistencia judicial por este instrumento de reconocimiento mutuo.

4. Confidencialidad en el uso de datos personales

El art. 10 del texto de la propuesta de Decisión Marco consagra la confidencialidad de los datos personales obtenidos como consecuencia de la ejecución del exhorto, que sólo podrán utilizarse en los procedimientos en los que se ha expedido dicho exhorto o en otros directamente relacionados.

Encontramos dos defectos o imperfecciones que convendría mejorar en el precepto. Por una parte, la gran amplitud de la cláusula establecida en el art. 10.1.b), cuando permite la utilización de los datos personales en otros procedimientos judiciales y administrativos relacionados con aquel en el que se expidió el exhorto, sin establecer el canon de esa relación o los puntos de conexión entre ambos procedimientos. Ello conlleva el riesgo de que los medios de investigación de un proceso penal puedan utilizarse en cualquier otro proceso, incluso en un procedimiento penal objeto de tramitación en el Estado de ejecución del exhorto, con lo que realmente lo que está estableciendo el precepto es la excepción al principio de especialidad, que es el que, a nuestro parecer, debería regir en la materia.

En segundo lugar, como excepción igualmente excesivamente amplia y ambigua a la confidencialidad, el apartado 2 del art. 10 dispone que los datos personales surgidos en la ejecución de un exhorto podrán ser revelados por razones especificadas en la legislación nacional, mención complementaria a la amenaza inmediata y grave para la seguridad pública prevista igualmente como excepción en el art. 10.1.c).

V. Reconocimiento y ejecución del exhorto europeo de obtención de pruebas

1. Reconocimiento y ejecución del exhorto europeo de obtención de pruebas

El órgano de la ejecución deberá reconocer un exhorto europeo de obtención de pruebas que se haya trasladado con las formalidades que veíamos en páginas anteriores, sin requerir ninguna otra formalidad adicional, adoptando de manera inmediata las medidas necesarias para que se ejecute de la misma manera que si los objetos, documentos y datos fueran recabados por una autoridad del Estado de ejecución, salvo que dicho órgano de la ejecución oponga alguno de los motivos de denegación del art. 15 o alguno de los motivos de aplazamiento de la ejecución del art. 18 (art. 11.1).

En algún caso, puede ser precisa para ejecutar el exhorto la adopción de medidas coercitivas, las cuales se regirán por las normas de procedimiento aplicables en el propio Estado de ejecución, sin perjuicio, como se aclara en el art. 13.1, que el órgano de la ejecución observe las formalidades y procedimientos indicados por el órgano de la expedición siempre que no sean contrarios a los principios jurídicos fundamentales del Estado de ejecución. Sin embargo, en una versión posterior de la propuesta, además de concretarse la obligación del Estado requerido de cumplir los procedimientos y

formalidades solicitados por el Estado requirente, se pasa a establecer que esas formalidades no abarcan a las medidas coercitivas, las cuales, por tanto, se aplicarán en todo caso con arreglo al Derecho del Estado requerido, similar prescripción que la que se contiene en la Decisión Marco sobre embargo y aseguramiento de pruebas de 2003, ya citada, que establece que las medidas coercitivas complementarias que pueda requerir la ejecución de la resolución de embargo de bienes o de aseguramiento de prueba se adoptarán según las normas procesales del Estado de ejecución.

Por otra parte, además de la remisión para la aplicación de medidas coercitivas al Derecho del Estado requerido, si el órgano de expedición no fuera un juez o tribunal, juez de instrucción o fiscal y el exhorto no hubiera sido previamente validado antes de su expedición por una de esas autoridades judiciales en el Estado de origen, el órgano de la ejecución podrá decidir en el caso específico que tales medidas coercitivas no se adopten. Por tanto, y como comprobaremos al ocuparnos del art. 15, la falta de validación del exhorto, como todos los motivos que recoge el precepto, es causa optativa o discrecional de denegación de ejecución del exhorto.

Lo que no aclara el art. 11.2 del texto de la propuesta es qué sucede si, estando validado el exhorto por una autoridad judicial del Estado de origen, la concreta medida coercitiva no está disponible en el catálogo de medidas del Estado de ejecución.

En tal sentido, las delegaciones siguen actualmente divididas a la hora de determinar cuándo se debería obligar a un Estado requerido a ejecutar medidas coercitivas que no hubieran sido posibles en un caso nacional similar por no estar contempladas en su ordenamiento procesal. Algunas indican que lo máximo que podrían aceptar es la obligación de prever el registro y el embargo para delitos que no requieran doble tipificación (como en el apartado 2 del artículo 16).

Sobre el problema, nos remitimos al comentario del art. 15 de la propuesta, en el que, en una versión posterior de la Presidencia, se incluye esta circunstancia como causa de rechazo del exhorto.

En cualquier caso, conviene tener presente, en idéntica interpretación a la ya dada a la Decisión Marco de 2003 sobre embargo y aseguramiento de pruebas, que es preciso aclarar que el empleo del término «embargo» en estos instrumentos se separa del concepto que hoy recoge la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, como medida que afecta a aquellos bienes del procesado que sean suficientes para cubrir su responsabilidad pecuniaria. Frente a ello, estos instrumentos se enmarcan en el ámbito de la cooperación judicial internacional, lo que ha llevado a asimilar el término embargo con el significado que esta expresión tiene en el ordenamiento de los países de nuestro entorno, por lo que con ello se comprenderán una amplia gama de diligencias aseguratorias del cuerpo del delito, documentos, objetos y datos relacionados con la investigación penal, tales como su recogida, bloqueo, conservación, intervención, incautación o puesta en depósito judicial, a fin de posibilitar la entrega al Estado requirente.

Por otro lado, el art. 11.3 prevé que en el momento de adopción de la Decisión Marco los Estados puedan realizar declaraciones, o bien notificaciones ulteriores a la Secretaría General del Consejo, para exigir dicha validación del exhorto por una autoridad judicial del Estado de origen cuando el

mismo haya sido expedido por autoridad diferente y su ejecución precise de medidas coercitivas.

En el actual momento de la negociación se baraja la posibilidad de que la mayoría de los Estados realicen esas declaraciones o notificaciones ulteriores, con lo que la validación del exhorto en estos casos se convertiría en norma general en la Decisión Marco, y no en una opción particular de los Estados.

La decisión de ejecutar o bien rechazar la ejecución del exhorto deberá ser tomada cuanto antes en el Estado de ejecución requerido, a más tardar en el plazo de 30 días hábiles (se entiende que el concepto de día hábil se remite a la legislación del Estado de ejecución) después del recibo del exhorto por el órgano de ejecución finalmente competente (art. 17.2). En cualquier caso, cabe la posibilidad de que el órgano de la expedición indique en el exhorto que debido a plazos procesales propios u otras circunstancias urgentes se requiere un plazo más corto, en cuyo caso el órgano de la ejecución tomará debida cuenta de este requisito en la medida de lo posible (art. 17.1).

Además del plazo general para adoptar la decisión de rechazar o ejecutar el exhorto, el art. 17.3 de la propuesta dispone el plazo para la ejecución en sentido estricto del requerimiento, que se fija en 60 días a computar a partir de la recepción por el órgano competente, siempre claro está que los objetos o documentos o datos recabados ya estén en posesión del órgano de la ejecución, en cuyo caso tomará posesión de los mismos sin demora.

Este plazo de ejecución puede quedar obviado si resultara aplicable alguna de las causas o motivos de aplazamiento del art. 18, sobre las que nos detendremos a continuación. En cualquier caso, entendemos que la toma de posesión no debe ser objeto de aplazamiento, sino sólo la entrega efectiva al órgano de la expedición.

Cuando en un concreto o específico caso no sea viable para el órgano de la ejecución respetar estos plazos para adoptar la decisión de ejecución o para la ejecución misma, se informará sin demora a la autoridad del Estado de expedición, explicando las razones de la demora y el plazo estimado que necesita para actuar.

En cualquier caso, y conforme al art. 17.4, a partir de la toma de posesión, y sin demora, se trasladarán los objetos, documentos o datos al Estado de expedición, salvo que concurra alguna de estas dos circunstancias:

1. Que concurra motivo de aplazamiento conforme al art. 18.
2. O bien, que se haya interpuesto recurso por la persona afectada, conforme al art. 19 de la propuesta.

El art. 18 de la propuesta recoge una serie de motivos en virtud de los cuales el órgano de la ejecución puede aplazar la decisión inicial sobre el reconocimiento o ejecución, o bien, la ejecución misma una vez estimado favorablemente el exhorto.

Se aplazará el reconocimiento del exhorto por:

1. El carácter incompleto o manifiestamente incorrecto del formulario, hasta que se complete o corrija.
2. La falta de validación del exhorto, cuando el mismo sea necesario conforme al art. 11, hasta que se produzca dicha validación.

esta posibilidad a la Secretaría General del Consejo, siendo indicaciones obligatorias para el Estado de expedición (art. 7.1 bis).

Estos aplazamientos, que contradictoriamente no prevén plazos determinados para las subsanaciones relativas al formulario o a la verificación de la validación judicial por el órgano de emisión, son más bien suspensiones no sujetas a plazos preclusivos que puedan determinar el rechazo definitivo del reconocimiento del exhorto, medida que entendemos debería finalmente incluirse en el instrumento, al igual que se ha hecho en la Decisión Marco de 2003 sobre embargo y aseguramiento de pruebas.

Por su parte se aplazará la ejecución del exhorto, entendemos que previamente reconocido:

1. Si dicha ejecución pudiese perjudicar una investigación penal o actuaciones judiciales en curso, hasta el momento que se considere razonable, o mejor dicho, mientras sea necesario de cara a dicha investigación.

2. Y si los respectivos objetos, documentos o datos están siendo utilizados en otros procedimientos, hasta que no se requieran con este fin. Entendemos que este motivo de suspensión hace referencia a los casos en los que sobre los bienes o pruebas de que se trate se haya dictado una medida anterior en un procedimiento judicial o administrativo, hasta que se deje sin efecto ésta, siempre que dicha medida tenga prioridad sobre posteriores resoluciones de intervención de efectos e instrumentos dictadas en causas penales con arreglo al Derecho nacional.

En estos casos, no estamos ante aplazamientos, sino ante suspensiones, ya que no se prevén plazos preclusivos en el caso de la ejecución, con lo cual tan pronto como desaparezca el obstáculo (es decir, la innecesidad del documento u objeto para el proceso penal en el Estado de ejecución), se reanudará el cumplimiento del exhorto europeo.

Una novedad importante de este instrumento, en coincidencia con la Decisión Marco de 2003 sobre embargo y aseguramiento de pruebas, viene constituida por la recepción de la regla «forum regit actum», que significa el respeto a los procedimientos exigidos por la ley del Estado requirente en la prestación de la cooperación judicial penal, aun cuando no sean los acostumbrados en el Estado requerido o de ejecución y siempre que no sean contrarios a los principios generales de su derecho.

Y es que en este ámbito de la cooperación judicial internacional, las leyes de cada Estado no pueden determinar todos los aspectos que habrán de observarse por sus autoridades judiciales en el desarrollo de esta actividad, por cuanto en muchas ocasiones también tendrán que cumplir las previsiones que exija la legislación del Estado con el que se lleva a cabo esta cooperación. Este es el caso de las previsiones de la propuesta relativas a las comunicaciones entre las autoridades judiciales, en las que las autoridades deberán realizarlas en la forma que exija la legislación del Estado al que se dirigen para asegurarse de su autenticidad.

Diversas medidas de reconocimiento mutuo incluyen una distinción implícita entre el *fondo* de la resolución que debe reconocerse y los *procedimientos* por los cuales debe ser ejecutada. Por ejemplo, el artículo 5.1 de la Decisión marco relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas (Decisión Marco 2003/577/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003) dispone lo siguiente:

«Las autoridades judiciales competentes del Estado de ejecución reconocerán... toda resolución de embargo preven-

tivo de bienes o de aseguramiento de pruebas... y 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 de aseguramiento de pruebas dictada por una autoridad del Estado de ejecución».

Y el artículo 5.2 del mismo instrumento, a su vez, dispone que:

«Las medidas coercitivas complementarias que pueda requerir la resolución de embargo preventivo de bienes o de aseguramiento de pruebas se tomarán según las normas procesales aplicables en el Estado de ejecución».

Análogamente, la Decisión marco relativa a la orden de detención europea (Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002) dispone que numerosas medidas de procedimiento se adopten de conformidad con la legislación nacional del Estado miembro de ejecución (véanse, por ejemplo, los artículos 11, 12, 13, 14, 19 y 29), aunque otras, como los plazos, se establecen con precisión en la propia Decisión marco.

La última versión de la propuesta de Decisión marco relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas contiene disposiciones similares. La redacción actual pretende, en términos generales, garantizar la ejecución del *fondo* de la decisión (es decir, la decisión de que se necesitan determinadas pruebas), pero permite a la autoridad requerida elegir los *procedimientos* que aplicará para ejecutarla.

En el artículo 13.1 se establece una excepción a este principio general, de manera que «El órgano requerido observará las formalidades y procedimientos indicados por el órgano requirente salvo que la presente Decisión marco disponga lo contrario y siempre que tales formalidades y procedimientos no sean contrarios a los principios jurídicos fundamentales del Estado requerido».

Esta disposición, idéntica al artículo 4.1 del Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea de 2000, pretende, sobre todo, garantizar que las pruebas se obtengan de modo que sean admisibles en el Estado requirente. En el informe explicativo relativo a dicho Convenio se aclara que aquí se podría incluir, por ejemplo, una solicitud para que se permita a un representante del Estado requirente asistir a la obtención de pruebas en el Estado de ejecución. Sin embargo, la disposición del artículo 13.1 no debería permitir al Estado requirente exigir al Estado requerido que ejecute un exhorto europeo de obtención de pruebas mediante medidas coercitivas.

2. Motivos de rechazo o denegación

Los motivos de denegación, recogidos en el artículo 15, han de ser, según el principio de reconocimiento mutuo, tan escasos y tan específicos como sea posible.

Las salvaguardias incorporadas al inicio del proceso permiten al Estado requerido estar seguro de que el exhorto es «necesario y proporcionado» [artículo 6.a)], lo cual debería garantizar que el exhorto pueda ser aceptado siempre y cuando no le sean aplicables los limitados motivos de denegación enunciados en el artículo 15.

Sin embargo, algunos Estados miembros han propuesto que en ese artículo 15 conste un motivo de denegación basado expresamente en la falta de proporcionalidad de la reso-

lución base del exhorto, presupuesto que, partiendo del principio de reconocimiento mutuo, como veíamos antes, es valorado por el Estado de expedición al inicio del procedimiento.

Además, la inclusión de semejante motivo de denegación podría retrasar considerablemente la ejecución de los exhortos europeos de obtención de pruebas, ya que obligaría a las autoridades requeridas a buscar información adicional para comprobar si hay o no proporcionalidad, lo cual daría lugar también a una evaluación, en el Estado requerido, no sólo de la conveniencia o no de dar curso al exhorto, sino también de la oportunidad y legalidad de la medida dictada por la autoridad extranjera. Esta evaluación sería contraria a los principios del reconocimiento mutuo. Por ello, se ha concluido, acertadamente a nuestro parecer, que esta materia debería evaluarla el Estado requirente teniendo en cuenta cada caso en particular.

El art. 15 de la propuesta de Decisión Marco contempla una serie de supuestos en los que la autoridad judicial o el fiscal del Estado de ejecución pueden rechazar o denegar el reconocimiento y la ejecución del exhorto europeo, siempre, en el plazo genérico de 30 días que veíamos antes.

1. Infracción del principio «ne bis in idem».

2. Supuestos en los que el exhorto se refiera a actos que constituirían delito en el Estado de la ejecución, es decir, un delito respecto de los cuales el Estado de ejecución pueda exigir la doble tipificación.

3. Inmunidad o privilegio conforme a la legislación del Estado de ejecución.

4. Falta de validación del exhorto emitido por autoridad no judicial y en el que sea necesario adoptar medidas coercitivas.

5. Supuestos en los que el exhorto se refiera a hechos delictivos cometidos total o parcialmente en el territorio del Estado de ejecución según su legislación, o cometidos fuera del Estado de expedición y el de ejecución impida su persecución o la acción penal en tal caso. En este caso, podría preverse que se exija para ejecutar el exhorto que los hechos que justifican su expedición sean constitutivos de delito conforme a la legislación del Estado de ejecución si el delito se ha cometido en todo o en parte sustancial en su territorio.

6. Si la ejecución del exhorto puede lesionar intereses esenciales de seguridad nacional, o implicar el empleo de información clasificada relacionada con actividades de inteligencia.

Como se puede comprobar, y a diferencia de otros instrumentos europeos, el precepto no contempla supuestos de denegación obligatoria, como en cualquier caso debería ser el «ne bis in idem» con respecto a los procedimientos de otro Estado miembro de la UE, o la falta de validación del exhorto no corregida con posterioridad a la expedición del mismo, y de denegación facultativa u opcional.

En la Nota de la Presidencia de 24 de octubre de 2005⁷, se introducen modificaciones muy significativas con relación a un posible motivo de rechazo o denegación, hasta ahora no contemplado en el texto de la propuesta y reclamado por varias delegaciones, como es la necesidad de medidas coerci-

tivas no contempladas en el ordenamiento del Estado requerido.

En tal sentido, para tratar de alcanzar un compromiso sobre si el Estado requerido o de ejecución debe poder negarse a ejecutar un exhorto europeo que requiera medidas coercitivas que no hubieran sido posibles en un caso nacional similar, la Presidencia propone un nuevo motivo para la denegación en la letra a ter) del apartado 2 del artículo 15. Esto permitiría al Estado requerido negarse a ejecutar un exhorto europeo cuando éste requiera registro y embargo y el uso de tales medidas no hubiera sido posible en un caso nacional similar, salvo, a su vez, que el exhorto europeo se refiera a uno de los delitos enumerados en el apartado 2 del artículo 16.

Este motivo relativamente limitado para la denegación significa, pues, que cuando se trate de un delito al que no se aplique la doble tipificación (supuestos o tipos genéricos del art. 16.2), el Estado requerido estará obligado a recurrir al registro y embargo para ejecutar el exhorto si estas medidas son el único medio para la obtención de las pruebas, sin perjuicio, claro está, que pudieran aplicarse otros motivos de denegación. Si el delito no está cubierto por lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 16, y puede exigirse la doble incriminación, el Estado requerido podrá negarse a ejecutar el exhorto europeo, potestativamente, pero teniendo en cuenta que tal denegación deberá fundarse por cuanto el registro y el embargo no hubieran sido posibles en un caso nacional similar.

La Presidencia ha empleado los términos «registro y embargo» en lugar de «medidas coercitivas» para garantizar la coherencia con el artículo 16 y para mantener la base del nuevo motivo de denegación relativamente restringida. Sin embargo, la Presidencia reconoce que es probable que este punto requiera nuevos debates, en particular debido a que también es relevante por lo que respecta a las reservas pendientes sobre el apartado 1 del artículo 16.

En este contexto, la Presidencia ha invitado a las delegaciones a que se preparen para debatir sus puntos de vista sobre los términos «medidas coercitivas» y para facilitar ejemplos de tales medidas, además del registro y el embargo, que pueden estar a su disposición y que en su opinión correspondan al ámbito de aplicación del exhorto europeo de obtención de pruebas, teniendo en cuenta las exclusiones que se enumeran en el apartado 2 del artículo 3 de la propuesta de Decisión marco.

3. El tratamiento de la doble tipificación

El art. 16.1 de la propuesta dispone que el reconocimiento o la ejecución del exhorto europeo sólo estará sujeto a la verificación de la doble incriminación o tipificación cuando sea necesario el registro o el embargo para la ejecución del exhorto. Estas dos últimas medidas serían lo que en otros lugares de la propuesta de instrumento se denominan medidas coercitivas, que en cualquier caso se ejecutan con arreglo a la legislación del Estado de ejecución.

Por tanto, las medidas coercitivas necesarias para ejecutar el exhorto, el registro y el embargo implican:

7 Doc. 13401/05 COPEN 160.

1. La necesidad de un exhorto validado por autoridad judicial de origen, bien al principio del procedimiento, es decir, cuando se efectúa el requerimiento, o bien «a posteriori», cuando se rechaza el exhorto precisamente por esa causa y se aplaza su ejecución hasta que se verifique tal validación (arts. 15 y 18).

2. La posibilidad de exigir la doble tipificación.

Sin embargo, la doble incriminación, aun cuando sean necesarias estas medidas, no se verificará necesariamente en la relación de delitos que recoge el art. 16.2 de la propuesta, siempre que además estén castigados con pena máxima privativa de libertad de tres años según la legislación del Estado de expedición.

Si a la hora de transponer esta Decisión Marco se siguiera la orientación del Proyecto de ley para transposición de la Decisión Marco de 2003 relativa al embargo y aseguramiento de pruebas, se optaría por la exigencia de la doble incriminación fuera del listado de delitos del art. 16.2, de manera que cuando una autoridad judicial española reciba la resolución de una autoridad judicial de otro Estado miembro de la Unión Europea para que ejecute la entrega del elemento probatorio que se refiera a un supuesto no excluido de la doble incriminación, supeditará su reconocimiento y ejecución a la condición de que los hechos por los cuales se haya dictado la resolución sean constitutivos de delito con arreglo a la ley española, con independencia de cuáles sean los elementos constitutivos o la descripción del delito en la legislación del Estado de emisión. No obstante, en materia de impuestos o de derechos de aduana y de cambio, no podrá denegarse la ejecución de la medida aduciendo que la legislación española no impone el mismo tipo de impuestos o derechos o no contiene la misma regulación que el Estado de emisión.

4. Recursos

Cualquier parte interesada, incluidos terceros de buena fe, podrán ejercitar el pertinente recurso contra el reconocimiento y ejecución del exhorto europeo para preservar sus intereses legítimos. En tal sentido, el art. 19.1 de la propuesta dispone que los Estados adoptarán las medidas necesarias para garantizar ese recurso legal de forma efectiva y con la información pertinente y adecuada sobre el mismo.

Ello, sin perjuicio igualmente de que los Estados, en cuanto al reconocimiento y ejecución del exhorto europeo, puedan limitar, discrecionalmente, el recurso legal a los casos en los que la ejecución del exhorto requiera medidas coercitivas, y de que el Estado de ejecución decida si la interposición del recurso produce o no efectos suspensivos sobre la ejecución del exhorto en cuanto a la entrega de los documentos, objetos o datos.

En cualquier caso, el recurso será plenamente jurisdiccional, al interponerse ante una autoridad judicial y con arreglo al ordenamiento jurídico del Estado de ejecución.

Como manifestación del principio de reconocimiento mutuo, y en consonancia con instrumentos anteriores, los motivos de fondo (básicamente entendemos que en lo relativo a la adecuación de la resolución a las condiciones o presupuestos del art. 6) sólo podrán impugnarse ante un órgano jurisdiccional del Estado de expedición o requirente, sin que en tal caso el texto de la propuesta de Decisión Marco incluya la obligación de los Estados de articular dicho recurso legal sobre el fondo del contenido del exhorto.

Realmente, este recurso forma parte del procedimiento penal interno del Estado de expedición, y además no se trataría de discutir el exhorto como tal, sino la resolución adoptada en el procedimiento penal nacional para obtener una determinada fuente de prueba que está en la base del exhorto.

Por tanto, parece adecuado que la Decisión Marco no armonice estas vías de recurso puramente nacionales, sino dejar esta cuestión a la discreción de los Estados miembros en la línea de otros instrumentos de reconocimiento mutuo.

Como se ha defendido desde la Delegación española, y como mantiene la Presidencia, en cualquier caso, y de conformidad con el principio de reconocimiento mutuo, queda claro, pues, que todo compromiso debe basarse en el principio de asimilación, de manera que no se trata de crear la obligación de articular un recurso en el Estado requirente, sino de que las normas aplicables a los casos internos se apliquen también a los casos en los que se haya expedido un exhorto europeo de obtención de pruebas, proponiéndose, pues, que se garantice que puedan aplicarse las vías de recurso que se aplicarían a un caso nacional comparable.