

BOLETÍN DEL MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA Y RELACIONES CON LAS CORTES

Año LXXVIII

Núm. 2.282

Diciembre de 2024

ESTUDIO DOCTRINAL



EL PRINCIPIO DE ORDEN PÚBLICO EN LA COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL PENAL

Antonio Gutiérrez Cardenete



ISSN: 3020-6251

NIPO: 143-24-001-2

<https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/BMJ>

CONSEJO DE REDACCIÓN
BOLETÍN DEL MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA,
JUSTICIA Y RELACIONES CON LAS CORTES

DIRECTOR

D. Antonio Pau

*Registrador de la propiedad y académico de número de la Real Academia
de Jurisprudencia y Legislación (España)*

SECRETARIO

D. Máximo Juan Pérez García

*Profesor titular de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid (España)*

CONSEJO DE REDACCIÓN

D. Enrique Peñaranda Ramos

*Catedrático de Derecho Penal
Universidad Autónoma de Madrid (España)*

D. Alfonso Luis Calvo Caravaca

*Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid (España)*

D. Francisco Marín Castán

Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo (España)

D.^a Encarnación Roca Trías

*Vicepresidenta emérita del Tribunal Constitucional
Académica de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Barcelona (España)*

D.^a Magdalena Nogueira Guastavino

*Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Autónoma de Madrid (España)*

D.^a Nieves Fenoy Picón

*Catedrática de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid (España)*

D. Ángel Menéndez Rexach

*Catedrático emérito de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Madrid (España)*

D.^a Teresa Armenta Deu

*Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de Girona (España)*

ENLACES DE CONTACTO

Contacto Boletín

Normas de publicación en el Boletín del Ministerio de la Presidencia,
Justicia y Relaciones con las Cortes

Edita

Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes
Secretaría General Técnica-Secretariado del Gobierno
documentación.publicaciones@mjusticia.es

ISSN

3020-6251

NIPO

143-24-001-2

Maquetación

Editorial MIC

Boletín del Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes

Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes.

Catálogo de publicaciones

Catálogo de Publicaciones de la Administración General del Estado

EL PRINCIPIO DE ORDEN PÚBLICO EN LA COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL PENAL

ANTONIO GUTIÉRREZ CARDENETE

Ltrado de la Administración de Justicia

*Punto de contacto de la Red de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de
Justicia*

RESUMEN

La globalización del derecho penal conduce a una nueva interpretación del principio de orden público y su papel en los instrumentos de cooperación jurídica internacional. La identificación de valores y principios esenciales para la comunidad nacional, europea y global, íntimamente ligados al respeto de los derechos humanos, condiciona la cooperación jurídica internacional.

PALABRAS CLAVE

Orden público, Cooperación jurídica internacional, Deficiencias sistémicas, Jus cogens, Orden europea de detención y entrega, Extradición, Flagrante denegación de justicia.

Fecha de recepción: 09-09-2024. Fecha de aceptación: 16-10-2024

THE PRINCIPLE OF PUBLIC POLICY IN INTERNATIONAL JUDICIAL COOPERATION IN CRIMINAL MATTERS

ABSTRACT

The globalisation of criminal law leads to a new interpretation of the principle of public policy (ordre public) and its role in the instruments of international legal cooperation. The identification of values and principles essential to the national, European and global community, inextricably linked to respect for human rights, is a determining factor in international legal cooperation.

KEYWORDS

Public policy, International legal cooperation, Systemic deficiencies, Jus cogens, European arrest warrant, Extradition, Flagrant denial of justice.

«El orden público es un caballo muy inquieto que una vez ha sido montado, nunca se sabe dónde te llevará».

*Juez Burrough J. en la sentencia del asunto
Richardson C. Mellish (1824) (2 Bing 229, p. 252).*

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN: EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL Y SU FUNCIÓN EN LA COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL.....	8
2. ORDEN PÚBLICO NACIONAL VERSUS ORDEN PÚBLICO DE LA UNIÓN EUROPEA	13
a. Reconocimiento mutuo y respeto de la identidad nacional	14
b. Orden público nacional y primacía del Derecho de la Unión.....	17
c. Orden público de la Unión y la doctrina de las deficiencias sistémicas.....	19
d. Orden público europeo e independencia judicial.....	25
e. Proyección exterior del orden público internacional europeo	29
3. ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL Y <i>JUS COGENS</i>: FLAGRANTE DENEGACIÓN DE JUSTICIA Y EXTRADICIÓN.....	32
4. CONCLUSIÓN	37

1. INTRODUCCIÓN: EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL Y SU FUNCIÓN EN LA COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL

El orden público, en su acepción penal tradicional, se define como el «conjunto de condiciones legal y reglamentariamente establecidas que, respetando los principios constitucionales y los derechos fundamentales, determinan las reglas mínimas de convivencia en el espacio público»¹. En este contexto, el orden público (del espacio público) es un bien jurídico tutelado por el derecho penal español².

Sin embargo, cuando se añade al orden público el adjetivo internacional, las autoridades de la lengua española únicamente se refieren a su acepción en el ámbito del derecho internacional privado como aquel «conjunto de principios que inspiran un ordenamiento jurídico y que reflejan los valores esenciales de una sociedad en el momento de ser apreciados»³.

Ambas definiciones se caracterizan por su generalidad (De Bartolome Cenzamo, 2002: 17)⁴ y por venir referidas a reglas mínimas y a valores esenciales, si bien la acepción penal se predica del espacio público (en un sentido estrechamente vinculado a la seguridad pública), mientras que la propia del derecho internacional privado viene referida a un contexto social y temporal determinado⁵.

Del mismo ámbito del derecho privado procede la definición de la cooperación internacional como el «conjunto de fórmulas jurídicas utilizadas entre Estados para la consecución de intereses comunes mediante acuerdos y colaboración mutua»⁶. Destaca en esta última definición la ausencia de un calificativo de la cooperación internacional como jurídica o judicial, existiendo cierta confusión terminológica con la asistencia judicial internacional, que implica necesariamente la existencia de un asunto sometido a una jurisdicción⁷,

1 Definición de «Orden Público». *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico*, Real Academia Española, <https://dpej.rae.es/lema/orden-p%C3%BAblico>

2 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, delitos contra el orden público, título XXII del Libro II; Permalink ELI: BOE-A-1995-25444. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

3 Definición de «Orden Público Internacional». *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico*, Real Academia Española, <https://dpej.rae.es/lema/orden-p%C3%BAblico-internacional>

4 Sobre la crítica al abuso de los conceptos jurídicos indeterminados, *vid.* DE BARTOLOME CENZANO J. C. *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*. Centro de Estudios Constitucionales (2002), p. 17.

5 Así lo ha diferenciado el TC español, a la hora de analizar los límites del derecho fundamental de reunión (STC 172/2020, de 19 de noviembre FJ 6, y STC 66/1995, FJ 3).

6 Definición de «Cooperación Jurídica Internacional». *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico*, Real Academia Española, <https://dpej.rae.es/lema/cooperaci%C3%B3n-internacional>

7 Definición de «Asistencia Judicial Internacional». *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico*, Real Academia Española, <https://dpej.rae.es/lema/asistencia-judicial-internacional>

mientras que la cooperación jurídica internacional parece un concepto más amplio, al incluir otros ámbitos distintos a los estrictamente jurisdiccionales, como aquellos insertos en la cooperación internacional administrativa. A la inversa, también se han incluido como parte de la cooperación jurídica internacional extremos que, aunque implican la influencia de lo transnacional en un proceso nacional, no suponen propiamente una cooperación entre autoridades, como por ejemplo ocurre con la litispendencia y la conexidad internacionales, el reconocimiento y ejecución de sentencias o la información y prueba del derecho extranjero⁸.

El legislador español ha optado por el término «cooperación jurídica internacional», si bien su desarrollo hasta el momento ha sido asimétrico, porque solo se dispone de su regulación en materia civil (Ley 29/2015, de 30 de julio), aunque no en materia penal.

Acudiendo a la regulación de esta materia en la legislación procesal española, la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), en su artículo 278.1. 1.º, incorpora como causa común de denegación de la prestación de cooperación internacional que el objeto o finalidad de la cooperación solicitada sea manifiestamente contrario al orden público⁹. Siendo este precepto de aplicación horizontal a los juzgados y tribunales españoles, independientemente de su orden jurisdiccional, se debe asumir que es posible su aplicación en el ámbito penal.

La Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil (LCJIC) incluye el orden público como motivo de denegación de las solicitudes de cooperación jurídica internacional y como causa de denegación del reconocimiento de resoluciones judiciales, transacciones judiciales y documentos públicos extranjeros¹⁰. La exposición de motivos incorpora elementos interpretativos particulares en la noción de orden público como causa de denegación del reconocimiento de las resoluciones y transacciones judiciales extranjeras del artículo 46¹¹.

8 Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, Permalink ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/07/30/29/con>, vid. el final del apartado I de la Exposición de motivos.

9 Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; artículo 278. Permalink ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1985/07/01/6/con>

10 Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil. Permalink ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/07/30/29/con>, artículos 14.1.a), 46.1.a) y 46.2.

11 «[...]si bien no se recoge en el articulado la referencia a las peculiaridades del mismo en procesos de familia o menores, es claro que si la resolución afecta a menores de edad, el orden público deberá valorarse teniendo en cuenta el interés superior del menor, pudiendo evaluarse a efectos denegatorios del *exequátur* que si la resolución afecta a menores de edad y se hubiere dictado, excepto en casos de urgencia, sin haber dado posibilidad de audiencia al menor, en violación de principios fundamentales de procedimiento de España, no cabrá el *exequátur*. [...] El apartado b) hace referencia a la infracción de los derechos de defensa de cualquiera de las partes, cuestión que técnicamente podría subsumirse en el concepto de orden público que aparece en el apartado a). Se considera, sin embargo, útil esta referencia a efectos didácticos».

Si se entiende que la LCJIC actúa como *lex specialis* en este ámbito jurisdiccional, se puede observar que omite el adjetivo manifiesto en la contradicción al orden público¹². Dicha omisión es criticable, no solo por su disonancia con el tenor literal del artículo 278.1.1º LOPJ, sino también porque es la expresión usada en los principales instrumentos de reconocimiento mutuo civil de la UE¹³.

El adjetivo manifiesto se define como lo «descubierto, patente, claro»¹⁴ y ello tiene sentido en la apreciación del orden público internacional debido a que no puede ser exigible (ni por otro lado resulta realista) una coincidencia plena entre los ordenamientos jurídicos de los Estados, incluso entre aquellos que por proximidad geográfica pertenecen a una misma tradición jurídica.

En el ámbito del orden público internacional civil, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) reconoce que, «si bien no le corresponde definir el contenido del concepto de orden público de un estado miembro, sí le corresponde controlar los límites dentro de los cuales los tribunales de un Estado miembro pueden recurrir a este concepto para no reconocer una resolución dictada por un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro». Por ese motivo el TJUE limita la aplicación de la cláusula de orden público nacional únicamente:

«[...] en el caso de que el reconocimiento o la ejecución de la resolución dictada en otro Estado miembro choque de manera inaceptable con el ordenamiento jurídico del Estado miembro requerido, por menoscabar un principio fundamental. Para respetar la prohibición de revisar en cuanto al fondo la resolución extranjera, tal menoscabo debería constituir una violación manifiesta de una norma jurídica

12 Véase la nota a pie de página anterior y por contraste la D.F. 25.^a, apartado 7, la D.F. 26.^a, apartados 8 y 9.

13 Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, artículo 45.1.a); Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000, artículos 22.a) y 23.a); Reglamento (UE) n.º 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo, artículo 40.a); Reglamento (UE) n.º 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales, artículo 37.a), etc.

14 RAE. «Manifiesto, Manifiesta». *Diccionario de la Lengua Española*. Edición del Tricentenario, <https://dle.rae.es/manifiesto>.

considerada esencial en el ordenamiento jurídico del Estado miembro requerido o de un derecho reconocido como fundamental en este ordenamiento»¹⁵.

La vinculación especial del orden público al respeto a los derechos fundamentales¹⁶ (Martín Pardo, 2019: 391) se ha propugnado en la doctrina reiterada del Tribunal Constitucional español (TC)¹⁷. Como se muestra en el siguiente epígrafe, esta vinculación puede generar fricciones a la hora de determinar el contenido de estos derechos, ya que su alcance y determinación puede resultar diferente en el plano nacional, regional (europeo) y global.

Aunque España carece de una ley de cooperación jurídica internacional en materia penal, se puede acudir al antecedente histórico de un Proyecto de Ley Orgánica (PLOCJIP) de 1997¹⁸ que caducó con el fin de la VI legislatura¹⁹, pero del que pueden extraerse elementos útiles para la reflexión sobre la evolución de este principio y su significación actual: según el artículo 12.7 del PLOCJIP (incardinado en el Título I, destinado a los principios generales), sin perjuicio de las causas específicas en función del acto de cooperación solicitado, se denegará la solicitud «[...] cuando la solicitud pudiera atentar contra la seguridad nacional, orden público u otros intereses esenciales de España o a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico español». El prelegislador optó así por la incardinación del principio de orden público en un contexto puramente interno o doméstico, al yuxtaponerlo a intereses únicamente relevantes para España, sin referencia alguna a lo internacional y omitiendo el carácter manifiesto de la contradicción con el orden público²⁰.

Ninguna de las enmiendas propuestas en sede parlamentaria alteraba, de modo sustancial, la redacción del precepto²¹, inspirada en el artículo 6, párrafo segundo, de la Ley de Extradición Pasiva (LEP).

15 STJUE de 28 de abril de 2009. Apostolides, C-420/07, ECLI EU:C:2009:271, apartados 58 y 59 y jurisprudencia citada.

16 Vid. MARTÍN PARDO, A. «El concepto de orden público a la luz de un estudio comparado de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». En: Ludovico Bin, et al. *La Influencia de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Derecho Interno*. Tirant lo Blanch, 17 de septiembre de 2019, p. 391.

17 STC 43/1986, de 15 de abril, ECLI:ES:TC:1986:43, FJ 4; reiterada en SSTC 54/1989 y 132/1991.

18 Congreso de los diputados, VI Legislatura, Proyecto de Ley Orgánica de cooperación jurídica internacional en materia penal (121/000058) presentado por el Gobierno el 9 de mayo de 1997.

19 BOCG. Congreso de los Diputados n.º D-543 de 04/02/2000, p. 5. Caducidad de la iniciativa.

20 Véase nota a pie de página 1.

21 BOCG. Congreso de los Diputados n.º A-61-12 de 05/11/1997, p. 51 Enmiendas, vid. en especial enmienda 276 del G.P. socialista.

Tanto la LEP²² como el PLOCJIP²³ nacieron en un momento histórico en el cual la incidencia del orden público se asumía como una limitación de naturaleza política en clave puramente nacional y en el marco de una cooperación jurídica internacional, entendida como una actividad predominantemente gubernativa, extensión de la política exterior del Estado. Sin embargo, y como afirma el profesor Nieto Martín, la globalización en general, «más que una realidad jurídica, constituye un concepto llave que agrupa la discusión de problemas diversos unidos por el nexo común de la pérdida de protagonismo del Estado como regulador»²⁴.

Así, la prevalencia del interés del Estado sobre los derechos del individuo en el marco general de la cooperación jurídica internacional, y en el particular de la extradición, manifestado en el desarrollo jurisprudencial norteamericano de los principios de *non inquiry* o el de *male captus bene detentus*, ha quedado obsoleta debido a la necesidad de responder a los compromisos internacionales derivados de la adhesión a los grandes tratados de derechos humanos²⁵.

La cuestión que se debe abordar es si esta transformación del derecho penal también ha alcanzado al propio concepto de orden público en la cooperación jurídica internacional, de modo que su marco referencial haya dejado de ser *ad intra*, esto es a valores y principios esenciales únicamente para España o si se ha producido una apertura *ad extra*, asumiendo valores y principios regionales y globales.

22 El párrafo quinto del preámbulo de la LEP declara que «La presente Ley mantiene el mismo sistema y principio cardinal de la anterior, en cuanto que la extradición, como acto de soberanía en relación con otros Estados, es función del Poder Ejecutivo, bajo el imperio de la Constitución y de la Ley, sin perjuicio de su aspecto técnico penal y procesal que han de resolver los Tribunales en cada caso con la intervención del Ministerio Fiscal».

23 El primer párrafo de la exposición de motivos del PLO declaraba: «La cooperación jurídica internacional en materia penal, es un importante elemento de la política exterior del Estado, cuya dirección corresponde al Gobierno»; y más adelante añadía:

«Es doctrina ampliamente compartida y ratificada por reciente jurisprudencia, surgida básicamente en torno a la más vieja institución de cooperación internacional, como es la extradición, el reconocimiento de la naturaleza de acto político, a los adoptados por el Gobierno en este ámbito, como se deduce claramente de la Exposición de Motivos de la vigente Ley de Extradición Pasiva de 1985, cuyo artículo 6 establece la irrecurribilidad de los actos del Gobierno. El Consejo General del Poder Judicial en su dictamen de 22.2.95 emitido en relación al Anteproyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, reconoció la pervivencia de la categoría del acto político».

24 NIETO MARTÍN, A. «Transformaciones del ius puniendi en el Derecho Global». En: Nieto Martín, A. y García Moreno, B. (dirs.). *Ius puniendi y global law: hacia un Derecho penal sin Estado*, Tirant lo Blanch, 2019, p. 17.

25 NIETO MARTÍN, A. «El concepto de orden público como garantía de los derechos fundamentales en la cooperación penal internacional». En: Luis Díez-Picazo y Adán Nieto Martín (coord.). *Derechos fundamentales en el Derecho penal europeo* (2010). ISBN 978-84-470-3518-2, pp. 453-488.

2. ORDEN PÚBLICO NACIONAL VS. ORDEN PÚBLICO DE LA UNIÓN EUROPEA

En el ámbito del derecho público se habla de una «constitucionalización» del concepto de orden público, al ser la norma fundamental la que marca los valores y principios esenciales que lo caracterizan²⁶. El proceso de construcción de un ordenamiento jurídico regional en la Unión Europea, aunque huérfano de esta norma fundamental, dispone de un derecho primario u originario al que doctrina y jurisprudencia han otorgado este carácter constitucional.

Así, son valores superiores del ordenamiento jurídico español la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político²⁷; mientras que el ordenamiento de la Unión Europea se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías²⁸. Aunque resulta evidente el solapamiento de varios de los valores inspiradores de ambos ordenamientos, lo cierto es que su interrelación y definición solo se han hecho posibles mediante el diálogo constitucional multinivel²⁹ entre los tribunales encargados de la respectiva interpretación de estos textos: los tribunales constitucionales nacionales y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea³⁰.

Por otro lado, cabe preguntarse qué relación pueden tener los valores de la UE en lo relativo a la protección de los derechos fundamentales con aquellos que también resultan protegidos en el ámbito del Consejo de Europa por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)³¹, mientras que no se produzca la adhesión de la UE al CEDH³², este no forma parte del Derecho

26 DE LANGE, R. The European public order, constitutional principles and fundamental rights. *Erasmus Law Review*, 1, (2007), pp. 3-24.

27 Constitución española, artículo 1.1. Permalink ELI: [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con)

28 Tratado de la Unión Europea, artículo 2; permalink ECLI: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex:12016ME/TXT>

29 PERNICE, I. (2015). «Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe». *European Constitutional Law Review*, 11(3), pp. 541-562. Doi: 10.1017/S1574019615000279.

30 Desde el año 2016, este diálogo se ha institucionalizado mediante la Red judicial de la UE a iniciativa del presidente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de los presidentes de los Tribunales Constitucionales y de los Tribunales Supremos de los Estados miembros. En relación con el papel del principio de primacía en el diálogo constitucional multinivel, *vid.* LOPEZ ESCUDERO, M. Desafíos y límites a la primacía del Derecho de la UE: Jurisprudencia reciente del TJUE y de los tribunales constitucionales. *Revista General de Derecho Europeo*, 58 (2022).

31 Consejo de Europa; Convenio europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y Protocolos adicionales. ETS 005.

32 TEU, artículo 6 (2). El TJUE declaró incompatible el proyecto de acuerdo de adhesión de la UE al CEDH en su Dictamen 2/13 de 18 de diciembre de 2014, ECLI:EU:C:2014:2454, y en la actualidad se avanza en la aprobación de un segundo proyecto de acuerdo de adhesión, disponible en <https://www.coe.int/en/web/human-rights-intergovernmental-cooperation/accession-of-the-european-union-to-the-european-convention-on-human-rights>

de la Unión³³. Sin embargo, el artículo 52 (3) de la CDFUE impone que el TJUE debe interpretar los derechos de la carta que correspondan a los del CEDH a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), sin perjuicio de que el Derecho de la Unión pueda brindar una protección más amplia a dichos derechos³⁴.

a. Reconocimiento mutuo y respeto a la identidad nacional

El lema de la UE «Unida en la diversidad»³⁵ y el artículo 4 (2) del Tratado de la Unión Europea (TUE)³⁶ manifiestan el respeto de la Unión a la identidad nacional de los Estados miembros. Ello justifica que el ordenamiento de la Unión respete la diversa configuración nacional de valores como el orden público. En especial, el respeto a los derechos fundamentales como un valor de «orden público europeo», se ha manifestado como elemento moderador del automatismo inherente al principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en el Espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión³⁷. La automaticidad del reconocimiento mutuo se basa, a su vez, en el principio de confianza mutua, definido en el dictamen 2/13 del TJUE³⁸ como aquel que:

«[...] obliga a cada uno de los Estados miembros, en particular en lo que se refiere al espacio de libertad, seguridad y justicia, a considerar, salvo en circunstancias excepcionales, que todos los demás Estados miembros respetan el Derecho de la Unión y, muy especialmente, los derechos fundamentales reconocidos por ese Derecho. Así pues, cuando aplican el Derecho de la Unión, los Estados miembros pueden estar obligados, en virtud de ese mismo Derecho, a presumir que los demás Estados miembros respetan los derechos fundamentales, de forma que les está vedado no sólo exigir a otro Estado miembro un nivel de protección nacional de los derechos fundamentales superior al garantizado por el Derecho de la Unión, sino incluso verificar, salvo en

33 Véanse, por ejemplo, las sentencias de 26 de febrero de 2013, Åkerberg Fransson, C-617/10, EU:C:2013:105, apartado 44; de 3 de septiembre de 2015, Inuit Tapiriit Kanatami y otros/Comisión, C-398/13 P, EU:C:2015:535, apartado 45; de 15 de febrero de 2016, C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, apartado 45, y de 29 de mayo de 2018, Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen y otros, C-426/16, EU:C:2018:335, apartado 40.

34 El CEDH constituye un umbral mínimo de protección, pudiendo el TJUE proceder a un desarrollo autónomo de la Carta, como lo reflejan la sentencia del asunto *Menci* en lo que respecta al principio de *ne bis in idem*, y la sentencia del asunto *Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság* (Dirección General Nacional de la Policía de Extranjería, Hungría) en lo que se refiere al derecho a la libertad.

35 https://European-Union.europa.eu/Principles-Countries-History/Symbols/Eu-motto_es

36 Versión consolidada del «Tratado de la Unión Europea». ELI: http://data.europa.eu/eli/treaty/teu_2012/oj

37 MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. *Derecho Penal Europeo*. Ed. Tirant lo Blanch; pp. 104 y ss.

38 Dictamen del Tribunal de Justicia (Pleno) de 18 de diciembre de 2014; ECLI:EU:C:2014:2454, párrafos 191 y 192.

supuestos excepcionales, si ese otro Estado miembro ha respetado efectivamente, en un caso concreto, los derechos fundamentales garantizados por la Unión».

Esta doctrina del TJUE es de aplicación transversal al principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, tanto en materia civil como en materia penal³⁹. El elemento clave para reconocer si existe un estándar autónomo europeo (un orden público diferenciado del orden nacional) estriba en la aplicabilidad de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE). En la metáfora usada por el presidente del TJUE, la CDFUE es «la sombra del Derecho de la Unión»⁴⁰, ya que está dirigida a los Estados miembros «únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión»⁴¹.

Según la jurisprudencia del TJUE, la expresión «aplicar el Derecho de la Unión» tiene un significado amplio que abarca todas las actividades de ejecución y aplicación del Derecho de la Unión por los Estados miembros. Significa lo mismo que «actuar dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión» y cubre todas las situaciones regidas por el Derecho de la Unión. Esta aplicación se produce bien cuando un Estado miembro actúa como «agente de la Unión Europea» o cuando los Estados miembros deben obtener alguna autorización en virtud del Derecho de la Unión⁴².

Este significado amplio ha permitido que una de cada diez sentencias del TJUE se fundamente en alguno de los derechos y libertades de la CDFUE y que, cada vez con más frecuencia, sean los tribunales constitucionales de los Estados miembros los que planteen cuestiones prejudiciales al TJUE, cuando un derecho fundamental, a pesar de estar reconocido de igual modo en la constitución nacional y en la CDFUE, puede tener una interpretación (un sentido de orden público europeo) reservada al TJUE por resultar de la aplicación del Derecho de la Unión⁴³, pudiendo fijar un estándar de protección diferente al nacional. El conflicto interpretativo en normas, incluso de rango constitucional, que supongan en alguna medida el cuestionamiento del Derecho de la Unión por entrar en conflicto con la identidad nacional (artículo 4.2 TUE) se resuelve, en virtud del principio de primacía, mediante el planteamiento de la correspondiente cuestión prejudicial al TJUE⁴⁴.

39 El principio de reconocimiento mutuo se expresa en el ámbito penal en los artículos 67.3 y 82.2 TFUE, y en el ámbito civil en los artículos 67.4 y 81.1 TFUE.

40 LENAERTS, K. y J. A. GUTIÉRREZ-FONS, J. A. «The Place of the Charter in the European Legal Space». En: S. Peers, T. Hervey, J. Kenner y A. Ward (dir.). *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*. Oxford, Hart Publishing (2021), pp. 1711-1734.

41 CDFUE, artículo 51 (1).

42 Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, «Aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en la elaboración de normas y políticas de ámbito nacional: directrices». Oficina de Publicaciones, capítulo 4. 2019. <https://data.europa.eu/doi/10.2811/215540>

43 TUE, artículo 19.3.b).

44 STJUE de 22 de febrero de 2022 en el asunto RS C-430/21; ECLI:EU:C:2022:99, apartado 72.

La expresión concreta del principio de confianza mutua en el ámbito civil implica que los artículos de los reglamentos de cooperación jurídica en materia civil y mercantil, que especifican los motivos que pueden oponerse al reconocimiento de una resolución, deben interpretarse restrictivamente en la medida en que constituyen un obstáculo a la consecución de uno de los objetivos fundamentales de dichos instrumentos de reconocimiento mutuo⁴⁵.

Esta interpretación restrictiva hace que el carácter manifiesto de la contrariedad al orden público adquiera mayor relevancia, como señaló tempranamente el TJUE en el asunto Krombach, para aplicar la cláusula de orden público no basta la mera divergencia entre la norma jurídica aplicada por el tribunal del Estado de origen y la que habría aplicado el tribunal del Estado requerido si se le hubiera sometido a él el litigio, ni el tribunal del Estado requerido puede tampoco controlar la exactitud de las apreciaciones de hecho o de derecho que realizó el tribunal del Estado de origen. Por lo tanto, solo cabe aplicar la cláusula de orden público «[...] en el caso de que el reconocimiento o la ejecución de la resolución dictada en otro Estado contratante choque de manera inaceptable con el ordenamiento jurídico del Estado requerido, por menoscabar un principio fundamental»⁴⁶.

La existencia de una diversidad en el orden público civil entre los ordenamientos de los Estados miembros de la UE se hace especialmente patente en el ámbito de derecho de familia. Por ejemplo, en los asuntos Coman⁴⁷ y Pancharevo⁴⁸ el TJUE respetó la diversidad nacional en el orden público civil, por la que no todos los Estados miembros admiten el matrimonio entre personas del mismo sexo al no imponer un concepto autónomo de cónyuge en el Derecho de la Unión. Sin embargo, el TJUE procedió a restringir el límite del ejercicio del orden público nacional al declarar que este «solo puede invocarse en caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad». Por lo tanto, el orden público nacional no puede convertirse en un mecanismo que impida el ejercicio de libertades derivadas del Derecho de la Unión, como la libertad de residencia, a cuyos solos efectos debía ser reconocido dicho matrimonio homosexual.

45 Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 16 de julio de 2015 Diageo Brands BV contra Simiramida; ECLI:EU:C:2015:471, apartados 40 y 41 y jurisprudencia citada.

46 Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de marzo de 2000. Dieter Krombach contra André Bamberski. Petición de decisión prejudicial: Bundesgerichtshof, Alemania. Convenio de Bruselas, Ejecución de resoluciones judiciales, Orden público. Asunto C-7/98. ECLI:EU:C:2000:164, apartados 36 y 37.

47 Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 5 de junio de 2018 en el asunto C-673/16. Relu Adrian Coman y otros contra Inspectoratul General pentru Imigrări y Ministerul Afacerilor Interne. ECLI:EU:C:2018:385, apartados 44, 45 y 51.

48 Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de diciembre de 2021 en el asunto C-490/20 V.M.A. contra Stolichna obshtina, rayon «Pancharevo». ECLI:EU:C:2021:1008, apartados 55 a 60.

De igual modo, el Derecho de la Unión no pretende uniformizar completamente el derecho penal entre los Estados miembros, de ahí que opte por la armonización de determinados tipos de delito de modo directo o indirecto⁴⁹. En este punto el principio de doble tipificación resulta complementario y una consecuencia del orden público nacional, ya que debe entenderse no como una expresión del principio de legalidad de las penas (*nullum crimen sine lege*)⁵⁰, sino como una consecuencia del respeto del Derecho de la Unión a la diversa identidad nacional⁵¹. Así, juntamente con el respeto a la diversa configuración de los ordenamientos penales en los Estados miembros, la CDFUE introduce criterios de orden público europeo autónomos, que pueden resultar diferentes a los establecidos en cada tradición constitucional nacional.

b. Orden público nacional y primacía del Derecho de la Unión

La relación entre el orden público nacional y el orden público europeo tiene como punto de partida la existencia de una cesión de soberanía desde los Estados miembros a la Unión, en virtud de la adhesión a la misma y la firma de los tratados de derecho originario. Se presenta una manifestación de un principio general del derecho: *Pacta sunt servanda*⁵².

En el asunto Melloni, cuyo origen es una cuestión prejudicial planteada por el TC español, el TJUE interpretó la decisión marco relativa a la orden de detención europea (ODE), en el sentido de que la autoridad judicial de ejecución tiene la facultad de no ejecutarla si el imputado no compareció en el juicio del que deriva la condena. Ahora bien, la decisión marco prevé cuatro excepciones a dicha facultad, en virtud de las cuales la autoridad judicial de ejecución no puede subordinar la entrega de la persona condenada en rebeldía a la posibilidad de que se revise la sentencia condenatoria en presencia de esa persona⁵³. Así pues, el legislador de la Unión había armonizado el nivel de protección de los derechos a la tutela judicial efectiva y de defensa de las personas condenadas en rebeldía, a la vez que facilitaba el reconocimiento mutuo de las órdenes de detención

49 Versión consolidada del «Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea», artículo 83. ELI: http://data.europa.eu/eli/treaty/tfeu_2012/oj. y MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. *Derecho Penal Europeo*. Ed. Tirant lo Blanch (2020), capítulo II.2.

50 Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 3 de mayo de 2007 en el asunto C-303/05 *Advocaten voor de Wereld VZW contra Leden van de Ministerraad*. ECLI:EU:C:2007:261, apartados 48 a 54.

51 NIETO MARTÍN, A. Reconocimiento mutuo, orden público e identidad nacional: la doble incriminación como ejemplo. *La Ley Unión Europea*, n.º 59, 31 de mayo de 2018, Wolters Kluwer. La Ley 4477/2018.

52 ZILLER, J. *The primacy of EU law*. Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies, European Parliament (2022). PE 732.474.

53 Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (DO L 190, p. 1), en su versión modificada por la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009 (DO L 81, p. 24), artículo 4 bis.

europas dictadas contra dichas personas. Además, el Tribunal de Justicia entendió que dicha armonización era conforme a la CDFUE, ya que esas cuatro excepciones respetaban la jurisprudencia del TEDH y quedaban limitadas a supuestos donde la persona condenada en rebeldía había renunciado voluntariamente y de forma inequívoca a comparecer en su juicio. En virtud de esta armonización, el TJUE observó que no había lugar para estándares nacionales de protección más altos que vendrían a romper dicho equilibrio en tanto y cuanto exigirían una revisión del juicio condenatorio en los supuestos previstos por las cuatro excepciones.

La sentencia gemela a Melloni, dictada por el TJUE el mismo día en el asunto Åkerberg Fransson, completa la doctrina de este orden público europeo al interpretar que «las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión»⁵⁴.

El TJUE ha ido dotando de una mayor precisión a este trío de principios (primacía, unidad y efectividad) en los asuntos Taricco I y Taricco II, derivadas de sendas cuestiones prejudiciales, elevadas por el Tribunal Constitucional italiano: si en Taricco I el TJUE interpretó que la configuración de la prescripción en el sistema penal italiano debía ser compatible con la efectividad de las sanciones penales relativas al IVA por aplicación del 325 TFUE⁵⁵, en Taricco II matizó que, al tratarse la prescripción de los delitos de una materia que no estaba totalmente determinada por el Derecho de la Unión y que se encuentra vinculada al principio de legalidad de los delitos y las penas (artículo 49 CDFUE), los jueces italianos podían aplicar el criterio de orden público nacional, un estándar de protección más alto, si este estándar permite la prescripción como medio de garantizar el principio de legalidad de los delitos y las penas⁵⁶.

Sin embargo, en el asunto Eurobox y otros el TJUE volvió a examinar la relación del artículo 325 TFUE con la prescripción, en esta ocasión porque el Tribunal Supremo rumano consultó si debían ser de aplicación una serie de sentencias del Tribunal Constitucional de ese país que anulaban condenas por considerar que no habían sido dictadas en primera instancia por las salas especializadas en materia de corrupción y porque, a la vista del tiempo transcurrido y de los plazos de prescripción de los delitos en Rumania, dichos delitos quedarían impunes. El TJUE, aunque reconoce que el artículo 325 del TFUE solo puede aplicarse con respeto al derecho a un tribunal establecido previamente por la ley (artículo 47 CDFUE), contrariamente a lo resuelto por

54 TJUE, Sentencia de 26 de febrero de 2013, Åkerberg Fransson, C-617/10, EU:C:2013:105, apartado 29.

55 Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 8 de septiembre de 2015 en el asunto C-105/14 Taricco y otros. ECLI:EU:C:2015:555.

56 Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 5 de diciembre de 2017 en el asunto C-42/17 M.A.S. y M.B. ECLI:EU:C:2017:936; apartados 52 a 62.

el TC rumano, determinó que «las irregularidades que afectaban a la composición de las salas del Tribunal Supremo rumano que adoptaron las sentencias controvertidas no parecían afectar su independencia respecto de los otros poderes del Estado y en especial del ejecutivo⁵⁷». Como se verá más adelante, la extensa jurisprudencia del TJUE y del TEDH, en relación con el principio de independencia judicial y al juez predeterminado por la ley, se ha convertido en parte del orden público europeo y, por lo tanto, no es posible que se imponga un estándar nacional más alto fundado en las resoluciones de un Tribunal Constitucional nacional.

c. Orden público de la Unión y la doctrina de las deficiencias sistémicas

El desarrollo primigenio del orden público europeo tiene su origen en el diálogo entre el TJUE y el TEDH sobre uno de los pilares del *ius cogens* internacional: la prohibición de tratos inhumanos o degradantes (principio que es común a todas las declaraciones de derechos humanos y a todas las tradiciones constitucionales). La doctrina Soering⁵⁸, que surge en el contexto de una extradición de un nacional alemán por el Reino Unido a los EE. UU., sería recogida por el propio TEDH en el contexto de la aplicación de la normativa europea sobre asilo en el asunto M.S.S.⁵⁹ al establecer que la automaticidad de la aplicación del Reglamento Dublín a la hora de expulsar a un solicitante de asilo a otro Estado miembro de la UE no debía ser obstáculo para que las autoridades verifiquen con carácter previo si dicha expulsión pudiera suponer la vulneración del artículo 3 CEDH al exponer al solicitante a unas condiciones de detención y de vida que constituyen un trato degradante⁶⁰. Lo relevante del asunto es que este riesgo de vulneración debía ser apreciado de oficio debido a que se trataba de una situación conocida y fácil de apreciar por las autoridades⁶¹. Este argumento fue recibido por el TJUE en el asunto N.S. y M.E.⁶² que sería el origen de la doctrina sobre las «deficiencias sistémicas» en virtud de la cual el TJUE desarrollaría su doctrina sobre el principio de confianza mutua (iniciada en el dictamen 2/13). En efecto, haciéndose eco de la situación descrita por el TEDH en M.S.S., el TJUE concluyó que

57 Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2021 en los asuntos acumulados C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19 y C-840/19; Euro Box Promotion y otros. ECLI:EU:C:2021:1034, apartado 206.

58 STEDH (Gran Sala) de 7 de julio de 1989 en el caso *Soering contra el Reino Unido*, [14038/88](#), apartados 90 y 91.

59 STEDH (Gran Sala) de 21 de enero de 2011 en el asunto *M.S.S. contra Bélgica y Grecia*, [30696/09](#), apartado 365.

60 *Ibid.* Apartado 367.

61 *Ibid.* Apartado 366.

62 Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 21 de diciembre de 2011. Peticiones de decisión prejudicial planteadas por la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division), High Court of Ireland. Reino Unido, Irlanda.N.S. (C-411/10). Secretary of State for the Home Department y M.E. ECLI:EU:C:2011:865, párrafos 83, 88, 89 y 103.

existían deficiencias sistémicas en el procedimiento y en las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo⁶³ y que el artículo 4 CDFUE (equivalente al artículo 3 CEDH) impone a las autoridades de un Estado miembro no considerar como irrefutable en ese caso la presunción por la que otro Estado miembro (en el que se dan dichas deficiencias sistemáticas) respeta los derechos fundamentales de la UE.

La doctrina de las deficiencias sistémicas pasaría a convertirse de este modo en un criterio de evaluación de aquellas situaciones excepcionales en la que puede destruirse la presunción de que todos los Estados miembros respetan los derechos fundamentales derivada del principio de confianza mutua. La metodología de apreciación de las deficiencias sistemáticas se definió por el TJUE en diversos asuntos relacionados con la ejecución de una Orden Europea de Detención y Entrega (OEDE)⁶⁴ y la incidencia en los mismos de las condiciones de privación de libertad en las prisiones y centros de detención de los Estados miembros.

En el asunto Aranyosi y Căldăraru⁶⁵ el TJUE impuso una evaluación en dos fases:

- En una primera fase,

«[...] la autoridad judicial de ejecución deberá basarse primero en elementos objetivos, fiables, precisos y debidamente actualizados relativos a las condiciones de reclusión imperantes en el Estado miembro emisor que demuestren la existencia de deficiencias sistémicas o generalizadas que afecten a ciertos grupos de personas o a ciertos centros de reclusión. Esos elementos pueden proceder en particular de resoluciones judiciales internacionales, como las sentencias del TEDH, de resoluciones judiciales del Estado miembro emisor o de decisiones, informes u otros documentos elaborados por los órganos del Consejo de Europa o del sistema de las Naciones Unidas»⁶⁶.
- En la segunda fase de la evaluación,

«[...] una vez constatada la existencia de tal riesgo, la autoridad judicial de ejecución aún deberá comprobar, concreta y precisamente, si existen razones serias y fundadas para creer que la persona de que se trate correrá ese riesgo debido a las condiciones de reclusión previstas para ella en el Estado miembro emisor.[...] A tal efecto, con

63 *Ibid.* Apartado 89.

64 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; ELI: http://data.europa.eu/eli/dec_framw/2002/584/oj, vid. JIMENO BULNES, M. *La orden europea de detención y entrega*. Ed. Tirant Lo Blanch (2024) y FONDESTAD PORTALÉS, L. *Perspectiva crítica de la Orden Europea de detención y entrega a la luz de la Decisión Marco 2002/584/JAI y la Ley 23/2014 de Reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (Análisis comparativo con la Ley 3/2003)*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi (2022).

65 Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 5 de abril de 2016 en los asuntos acumulados C-404/15 y C-659/15 PPU, Pál Aranyosi y Robert Căldăraru. ECLI:EU:C:2016:198.

66 *Ibid.* Apartado 89.

arreglo al artículo 15, apartado 2, de la Decisión Marco, dicha autoridad deberá solicitar a la autoridad judicial del Estado miembro emisor la transmisión urgente de toda la información complementaria necesaria sobre las condiciones de reclusión previstas para la persona de que se trate en ese Estado miembro»⁶⁷.

Nuevamente, en el asunto Romeo Castaño, el TEDH tomó el relevo en la configuración jurisprudencial de la metodología de detección de deficiencias sistémicas en las condiciones de privación de libertad en el marco de la ejecución de una OEDE y especificó que el examen de dichas deficiencias por la autoridad de ejecución debía ser «actualizado y pormenorizado» de la situación del caso tal y como se presentaba en el momento de adoptar su decisión⁶⁸. Como respuesta a este importante matiz, introducido por el tribunal de Estrasburgo, el TJUE clarificó en el asunto Dorobantu que, una vez recibida por la autoridad ejecutora la información de la autoridad emisora, garantizando que la persona de que se trate no sufrirá un trato inhumano o degradante debido a las condiciones concretas y precisas de su reclusión, cualquiera que sea el establecimiento penitenciario en el que vaya a ser encarcelada en el Estado miembro emisor, la autoridad ejecutora, «sólo en circunstancias excepcionales y basándose en datos precisos», podría constatar la existencia de un riesgo real y concreto⁶⁹.

Una faceta diferente del orden público europeo resulta de la existencia de deficiencias sistémicas en otro valor común europeo: la independencia de los órganos jurisdiccionales como eje del Estado de derecho (EdD)⁷⁰ (Gutierrez Cardenete, 2021). Si bien resulta claro que la división de poderes y la independencia del Poder Judicial son comunes en las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, las garantías que rodean esta independencia son diferentes. Cabe preguntarse si, al no estar en un ámbito uniforme del Derecho de la Unión, puede existir un estándar común de esta independencia judicial o si depende enteramente de la configuración y apreciación nacional.

La doctrina Soering del TEDH abrió brecha en la concepción tradicional de la cooperación jurídica internacional como parte de las relaciones internacionales, mediante la aplicación de un criterio de orden público internacional derivado de una norma de *jus cogens* internacional, como es la prohibición de la tortura y no descartó tomar también en consideración el derecho a un proceso penal justo (art.6 CEDH)⁷¹. Esta perspectiva se

67 *Ibid.* Apartados 91 y 94.

68 STEDH sentencia de 9 de julio de 2019, Romeo Castaño c. Bélgica, [ECLI:CE:ECHR:2019:0709JUD000835117](https://eclj.europa.eu/doclib/cesstr/doclib/cestr/doclist/cestr_2019_07_09JUD000835117), párrafo 86.

69 Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 15 de octubre de 2019 en el caso C-128/18 *Dumitru-Tudor Dorobantu*. [ECLI:EU:C:2019:857](https://eur-lex.europa.eu/eli/ce/2019/857), párrafos 69, 79.

70 GUTIÉRREZ CARDENETE, A. Derechos Fundamentales y Estado de Derecho en la Unión Europea. *Boletín del Ministerio de Justicia*, n.º 2238 (2021). Doi: <https://doi.org/10.53054/bmj.v75i2238.8014>

71 STEDH (Gran Sala) de 7 de julio de 1989 en el caso Soering contra el Reino Unido, 14038/88. [ECLI:CE:ECHR:1989:0707JUD001403888](https://eclj.europa.eu/doclib/cesstr/doclib/cestr/doclist/cestr_1989_07_07JUD001403888), apartado 113.

confirmó en el asunto Drozd y Janousek en el que el Tribunal de Estrasburgo extendía el orden público internacional como motivo para denegar solicitudes de cooperación internacional «si se comprueba que la condena es el resultado de una negación flagrante de justicia»⁷². A diferencia de la prohibición de tortura y de tratos inhumanos o degradantes del artículo 3 CEDH, la denegación flagrante de justicia supone entrar en un ámbito más complejo y cambiante (incluso dentro de la propia Unión Europea)⁷³. Tal y como recuerda el abogado general Tanchev⁷⁴, las resoluciones posteriores del Tribunal de Estrasburgo sobre esta materia⁷⁵ parecen confirmar una visión restrictiva, de modo que:

«[...] va más allá de simples irregularidades o defectos en las garantías del juicio que implicarían una violación del artículo 6 si tuvieran lugar en el propio Estado contratante. Es necesario que exista una violación del principio de equidad del proceso, garantizado por el artículo 6, que sea tan grave que entrañe la anulación o incluso la destrucción de la esencia misma del derecho protegido por este artículo».

El propio TEDH realiza una relación de ejemplos de flagrante denegación de justicia ya declarados en su jurisprudencia: la condena en ausencia sin posibilidad de obtener un nuevo examen sobre fondo de la acusación⁷⁶; el juicio sumario llevado a cabo despreciando totalmente los derechos de la defensa⁷⁷; la negativa deliberada y sistemática a permitir que

72 STEDH de fecha 26 de junio de 1992 en el asunto Drozd y Janousek c. Francia y España, [12747/87](#), apartado 110.

73 NIETO MARTÍN, A. «El concepto de orden público como garantía de los derechos fundamentales en la cooperación penal internacional». En: Luis Díez-Picazo y Adán Nieto Martín (coord.), *Derechos fundamentales en el Derecho penal europeo*. 2010, ISBN 978-84-470-3518-2, pp. 453-488.

74 Conclusiones del abogado general E. Tanchev, presentadas el 28 de junio de 2018 en el asunto C-216/18 PPU LM. ECLI:EU:C:2018:517, apartados 72 a 85. Disponible en servidor oficial del Tribunal de Justicia <http://curia.europa.eu>.

75 STEDH, de 17 de enero de 2012 en el asunto *Othman (Abu Qatada) c. Reino Unido*, 8139/09. ECLI:CE:ECHR:2012:0117JUD000813909, TOL9.064.923, apartados 259 y 260, disponible en servidor oficial <https://www.echr.coe.int>

76 Resolución del TEDH de 16 de octubre de 2001, *Einhorn c. Francia* (ECLI:CE:ECHR:2001:1016DEC007155501), TOL9.093.279, apartados 33 y 34. En dicho asunto, el TEDH consideró que no había denegación flagrante de justicia puesto que el demandante, al que un tribunal de Pensilvania había condenado en rebeldía por asesinato, podía beneficiarse de un nuevo proceso al volver a Pensilvania si así lo solicitaba; *vid.* en el mismo sentido, sentencias en los asuntos *Sejdovic*, TOL9.082.911, apartado 84 y *Stoichkov*, TOL9.085.697, apartado 56. Disponibles en servidor oficial <https://www.echr.coe.int>.

77 STEDH de 8 de noviembre de 2005, *Bader y Kanbor c. Suecia* (ECLI:CE:ECHR:2005:1108JUD001328404), TOL735.959, apartado 47. Un procedimiento en el que no se oye a ningún testigo durante la vista, en el que todos los elementos de prueba examinados son presentados por el fiscal y en el que no comparecen ni el acusado ni su abogado se caracteriza por su naturaleza sumaria y la negación total del derecho de defensa. Disponible en servidor oficial <https://www.echr.coe.int>

un individuo, detenido en un país extranjero, se comunique con un abogado⁷⁸, y la detención en la que no es posible examinar su regularidad por un tribunal independiente e imparcial⁷⁹.

Nuevamente en los asuntos *Al Nashiri c. Polonia*⁸⁰ y *Al Nashiri c. Rumanía*⁸¹ el TEDH concluye que existe un riesgo real de denegación flagrante de justicia en el caso de una situación de privación de libertad sometida a una la comisión militar (establecida en la base de Guantánamo), que no es ni independiente ni imparcial, que no forma del sistema de justicia ordinario y, en consecuencia, no podía calificarse de tribunal en el sentido del artículo 6, apartado 1, del CEDH.

Esta sinergia fue recibida por el TJUE, que desde la sentencia *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, había establecido una «pasarela constitucional» entre el artículo 19 (1) párrafo 2º del TUE, por el que los órganos judiciales nacionales son al mismo tiempo órganos judiciales europeos (en la medida que garantizan la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión) y el artículo 47 CDFUE, que garantiza el derecho a un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley⁸². Como es lógico, esto ha llevado a plantear si el estándar de independencia fijado por el TJUE puede ser introducido en una evaluación de las «deficiencias sistemáticas» del derecho a la tutela judicial efectiva en casos en los que autoridades judiciales de Estados miembros que adolecen de dichas deficiencias soliciten cooperación jurídica internacional dentro del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia y en el marco del principio de confianza mutua.

Esta nueva cuestión de orden público europeo se hizo manifiesta en una cuestión prejudicial elevada por la High Court de Irlanda al TJUE (asunto LM c. Minister for Justice and Equality)⁸³ con ocasión de la ejecución de una OEDE librada por autoridades judiciales

78 Resolución del TEDH de 20 de febrero de 2007, *Al-Moayad c. Alemania*. ECLI:CE:ECHR:2007:0220DEC003586503, TOL9.080.329 , apartados 100 a 108. En el caso de autos, el TEDH concluyó que no existía denegación flagrante de justicia, puesto que el demandante, al que se acusaba de pertenencia a dos organizaciones terroristas y contra el que las autoridades estadounidenses habían dictado una solicitud de extradición, no iba a ser trasladado a uno de los centros de reclusión situados fuera de los Estados Unidos, donde no habría podido tener acceso a un abogado y habría sido juzgado por un tribunal militar u otro tribunal de excepción. Disponible en servidor oficial <https://www.echr.coe.int>

79 *Ibid.*

80 STEDH de 24 de julio de 2014, *Al Nashiri c. Polonia*. ECLI:CE:ECHR:2014:0724JUD002876111, TOL4.480.432, apartados 562 a 569. Disponible en servidor oficial <https://www.echr.coe.int>

81 STEDH de 31 de mayo de 2018, *Al Nashiri c. Rumanía*. ECLI:CE:ECHR:2018:0531JUD003323412, TOL6.617.124, apartados 719 a 722. Disponible en servidor oficial <https://www.echr.coe.int>

82 Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 27 de febrero de 2018. Asunto C-64/16. *Associação Sindical dos Juizes Portugueses contra Tribunal de Contas*. ECLI:EU:C:2018:117, apartado 31.

83 TJUE, sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 25 de julio de 2018, LM c. Minister for Justice and Equality, C-216/18 PPU. ECLI:EU:C:2018:586.

polacas, en un momento en que las deficiencias sistemáticas de la independencia de los jueces polacos se habían manifestado mediante la propuesta motivada de la Comisión Europea, de 20 de diciembre de 2017, presentada de conformidad con el artículo 7 TUE, apartado 1, relativa al Estado de derecho en Polonia [COM(2017) 835 final]. Como consecuencia de esta información la High Court irlandesa preguntó al TJUE sobre la aplicabilidad de la doctrina fijada en Aranyosi y Căldăraru. El TJUE respondió afirmativamente, extendiendo su doctrina a las deficiencias sistémicas de la independencia judicial de modo que para la apreciación de elementos objetivos, fiables, precisos y debidamente actualizados, relativos al funcionamiento del sistema judicial del Estado miembro emisor, consideró que la propuesta motivada de la Comisión Europea, conforme al artículo 7 (1) TUE, constituía un elemento especialmente permitente⁸⁴.

Sin embargo, como ya se ha indicado, el estándar de independencia judicial se había convertido en un estándar europeo configurado por la jurisprudencia del TJUE mediante la creación de la pasarela constitucional entre el artículo 19 TUE y el artículo 47 CDFUE. Por lo tanto, la apreciación del nivel de injerencia en el derecho a un juez independiente se debe valorar de conformidad a los criterios fijados por el TJUE⁸⁵.

Una vez superada la primera fase de la evaluación, siguiendo la metodología de Aranyosi, si la autoridad judicial de ejecución constata que en el Estado miembro emisor existe un riesgo real de que se viole el contenido esencial del derecho fundamental a un proceso equitativo, debido a deficiencias sistémicas o generalizadas del poder judicial de ese Estado miembro que pueden comprometer la independencia de los órganos jurisdiccionales de dicho Estado, en un segundo momento esa autoridad judicial deberá comprobar, concreta y precisamente, si en las circunstancias del caso de autos existen razones serias y fundadas para creer que la persona buscada, tras ser entregada al Estado miembro emisor, correrá ese riesgo⁸⁶.

El agravamiento del deterioro de la independencia judicial en Polonia y su constatación en sucesivas instancias condujo al planteamiento de una segunda cuestión prejudicial por las autoridades judiciales de los Países Bajos en el asunto Openbaar Ministerie (independencia de la autoridad judicial emisora)⁸⁷. En esta ocasión se pretendía que la existencia de deficiencias sistémicas en la independencia pudiera poner en jaque la propia consideración de las autoridades judiciales polacas como «autoridades emisoras de OEDE». Sin embargo, el TJUE descartó esta propuesta ratificando la

84 *Ibid.* Apartado 61.

85 *Ibid.* Apartados 62 a 27.

86 *Ibid.* Apartado 68.

87 STJUE de 17 de diciembre de 2020 en el asunto L. y P. C-354/20 PPU, [ECLI:EU:C:2020:1033](#), las constataciones del deterioro de la independencia judicial en Polonia a esa fecha se resumen en el apartado 14.

doctrina de Minister for Justice and Equality⁸⁸ ya que la decisión marco reserva esta exclusión generalizada al caso de uso del *botón nuclear* por el Consejo Europeo prevenido en el artículo 7 (2) TUE⁸⁹ y porque además ello implicaría:

«[...] un elevado riesgo de impunidad de personas que tratan de eludir la justicia después de haber sido condenadas o ser sospechosas de haber cometido un delito, aun cuando no existieran datos relativos a la situación personal de esas personas que permitieran considerar que estas corren un riesgo real de que se vulnere su derecho fundamental a un proceso equitativo, en caso de entrega al Estado miembro emisor de la orden de detención europea de que se trate⁹⁰».

Este razonamiento fue reforzado, nuevamente a instancias de las autoridades neerlandesas, en el asunto *Openbaar Ministerie II*, en el que el TJUE añadió que en la segunda fase de la metodología de evaluación son importantes, entre otras, las informaciones proporcionadas por el sujeto a detención por una OEDE relativas a la composición del tribunal que debe oír su caso en el país emisor de la orden y a la independencia e imparcialidad de los miembros de ese tribunal⁹¹.

d. Orden público europeo e independencia judicial

El establecimiento de un estándar de orden público europeo relativo al valor del Estado de derecho en su vertiente relativa a la independencia judicial ha tenido un gran impacto en la configuración de la cooperación jurídica internacional fundada en el principio de reconocimiento mutuo. Una de las claves ha sido la reflexión que se ha hecho sobre la condición de autoridad judicial emisora y ejecutora de estas solicitudes de reconocimiento mutuo dentro de un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ). Si bien esta doctrina tiene matices según el instrumento de que se trate y la intensidad de su injerencia en los derechos y libertades fundamentales.

Sin necesidad de aplicar la doctrina Aranyosi, sobre deficiencias sistémicas en la tutela de derechos fundamentales, el TJUE abordó, a partir de su concepto de órgano jurisdiccional, los límites en la facultad de los ordenamientos nacionales a la hora de designar a las autoridades emisoras de OEDE, descartando de plano que puedan serlo la policía⁹² o un Ministerio de Justicia por su dependencia de órdenes del poder ejecutivo, que no garantizaban

88 *Ibid.* Apartado 50.

89 *Ibid.* Apartados 59 y 60.

90 *Ibid.* Apartado 64.

91 STJUE de 22 de febrero de 2022 en el asunto C-562/21 X e Y *contra Openbaar Ministerie*. [ECLI:EU:C:2022:100](#).

92 TJUE, sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta), de 10 de noviembre de 2016, en el asunto *Openbaar Ministerie contra Krzysztof Marek Poltorak*, C452/16 PPU, [ECLI EU:C:2016:858](#), apartados 30 a 35.

su independencia⁹³. Esta doctrina, juntamente con la de las condiciones de independencia desarrollada en los asuntos del Estado de derecho en Polonia, conduciría a un nuevo reto en la conciliación de la unidad y la diversidad del Derecho de la Unión: la independencia del Ministerio Fiscal como órgano jurisdiccional. El TJUE ha ido perfilando esta independencia mediante la evaluación de distintos modelos estatutarios del Ministerio Público:

En los asuntos acumulados OG y PI el TJUE concluyó que la noción de autoridad emisora de una OEDE no comprende a las fiscalías de un Estado miembro como la alemana, expuestas al riesgo de estar sujetas, directa o indirectamente, a órdenes o instrucciones individuales del poder ejecutivo, como un ministro de Justicia⁹⁴. La sentencia en el asunto gemelo PF avalaría la condición de autoridad emisora del fiscal general de Lituania porque su estatuto garantiza, no solo la objetividad de sus misiones, sino que le confiere asimismo una garantía de independencia frente al poder ejecutivo a la hora de emitir una OEDE⁹⁵.

La sentencia del asunto NJ validaría a la fiscalía austríaca porque, aunque se halle expuesta a este riesgo, en el contexto de la emisión de una OEDE, siempre que, para poder ser transmitidas por dichas fiscalías deban ser homologadas por un tribunal que, teniendo acceso a la totalidad de los autos de la instrucción, a los que se incorporan las eventuales órdenes o instrucciones individuales del poder ejecutivo, controla de manera independiente y con objetividad el cumplimiento de los requisitos de emisión de dichas órdenes de detención y la proporcionalidad de estas, adoptando así una resolución autónoma que da su forma definitiva a tales órdenes⁹⁶.

El TJUE ratificaría el modelo jerarquizado de fiscalía, como el francés, siempre que el estatuto garantice su independencia, en particular con respecto al poder ejecutivo, en el marco de la emisión de una OEDE⁹⁷; y también validó el modelo sueco, en el que la fiscalía, aunque pertenece a la Administración de Justicia, no tenga la consideración de órgano jurisdiccional, siempre y cuando los requisitos de emisión de dicha orden y, en particular, su proporcionalidad, estén sujetos a control jurisdiccional en ese Estado miembro⁹⁸.

93 Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta), de 10 de noviembre de 2016, en el asunto *Openbaar Ministerie contra Ruslanas Kovalkovas*, C-477/16 PPU, [ECLI:EU:C:2016:861](#), apartado 42.

94 TJUE, sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 27 de mayo de 2019, en *OG (C-508/18) y PI (C-82/19 PPU)*. [ECLI:EU:C:2019:456](#), apartado 90.

95 TJUE, sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 27 de mayo de 2019, en el asunto *PF*, C-509/18, [ECLI:EU:C:2019:457](#), apartado 56.

96 TJUE, sentencia el Tribunal de Justicia (Sala Segunda), de 9 de octubre de 2019, en el asunto *NJ*, C-489/19 PPU. [ECLI:EU:C:2019:849](#), apartado 49.

97 TJUE, sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), de 12 de diciembre de 2019, en los asuntos acumulados *JR* e *YC*, C-566/19 PPU y C-626/19 PPU, [ECLI:EU:C:2019:1077](#), apartado 58.

98 Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 12 de diciembre de 2019 en el asunto C-625/19 PPU, *XD*. [ECLI:EU:C:2019:1078](#).

El modelo de fiscalía belga también fue avalado por el TJUE y permitió incluir un nuevo criterio en el caso de emisión de OEDE para la ejecución de una pena privativa de libertad. En este caso, y aunque se trate de una OEDE emitida por un órgano que, aun participando en la administración de justicia, no tiene la condición de órgano jurisdiccional y que frente a su decisión de librar la orden no quepa recurso jurisdiccional independiente, la existencia de una condena ejecutable, a existencia de un procedimiento judicial anterior que resuelve sobre la culpabilidad de la persona buscada permite a la autoridad judicial de ejecución presumir que la decisión de emitir una orden de detención europea para la ejecución de una pena es el resultado de un procedimiento nacional en el que la persona objeto de una sentencia ejecutiva ha gozado de todas las garantías propias de la adopción de este tipo de resolución⁹⁹. Finalmente, la fiscalía neerlandesa sería examinada no como autoridad emisora, sino como autoridad de ejecución, llegando a la conclusión el TJUE que le son de aplicación los mismos criterios de independencia exigibles a la autoridad emisora¹⁰⁰.

El camino abierto con la OEDE, como piedra angular de los instrumentos penales de reconocimiento mutuo, ha continuado con otros instrumentos de frecuente uso, como la Orden Europea de Investigación (OEI). Sin embargo, el TJUE rechazó la aplicación de una doctrina idéntica a la elaborada para la determinación de la autoridad de emisión y ejecución de una OEDE. Para ello, en el asunto A. y otros¹⁰¹ el Tribunal de Luxemburgo estableció tres criterios interpretativos del trato diferenciado para la emisión y ejecución de una OEI:

- 1.º Gramatical o textual: a diferencia de la decisión marco reguladora de la OEDE, la Directiva reguladora de la OEI¹⁰² sí incluye expresamente a la fiscalía entre las autoridades judiciales facultadas para validar la emisión de una orden, sin supeditarla al requisito de que no exista una relación de subordinación con el poder ejecutivo y otorgándole a dicha decisión la consideración de resolución judicial¹⁰³.
- 2.º Sistemático: el contexto en el que se incardina las disposiciones que regulan las características de las autoridades emisoras y ejecutoras de una OEI es diferente de la decisión marco reguladora de la OEDE ya que la Directiva (instrumento de reconocimiento mutuo de segunda generación) incorpora unas garantías propias de la adopción de

99 Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 12 de diciembre de 2019 en el asunto C-627/19 PPU, ZB. [ECLI:EU:C:2019:1079](https://eur-lex.europa.eu/eli/consol/2019/1079).

100 Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 24 de noviembre de 2020 en el asunto C-510/19, AZ. [ECLI:EU:C:2020:953](https://eur-lex.europa.eu/eli/consol/2020/953).

101 Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 8 de diciembre de 2020 en el asunto C-584/19 A y otros. [ECLI:EU:C:2020:1002](https://eur-lex.europa.eu/eli/consol/2020/1002).

102 Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal. ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2014/41/oj>

103 Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 8 de diciembre de 2020 en el asunto C-584/19 A y otros. [ECLI:EU:C:2020:1002](https://eur-lex.europa.eu/eli/consol/2020/1002). Apartados 52 a 55.

resoluciones judiciales, en concreto, las relativas al respeto de los derechos fundamentales del interesado y, en particular, del derecho a la tutela judicial efectiva. Por lo tanto, esta regulación sí incorpora garantías específicas para la emisión que vinculan al fiscal, quien debe tener en cuenta el principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales de la persona afectada y que la resolución que adopte debe poder ser objeto de vías de recurso efectivas, al menos equivalentes a las que se ofrecen en el marco de un procedimiento interno similar¹⁰⁴. Además, las garantías no solo residen en las exigencias para la emisión de la OEI, sino que además la Directiva incorpora disposiciones que permiten a la autoridad de ejecución velar por el respeto del principio de proporcionalidad y de los derechos fundamentales de la persona afectada¹⁰⁵.

- 3.º Finalista o teleológico: la Directiva OEI pretende garantizar una cooperación simplificada y eficaz entre los Estados miembros, asegurando el reconocimiento mutuo de las resoluciones adoptadas por las autoridades judiciales de dichos Estados miembros con el fin de obtener pruebas en los asuntos penales de dimensión transfronteriza, pruebas que además pueden ser igualmente solicitadas por la persona sospechosa o acusada. Esta finalidad hace que, salvo el supuesto de traslado temporal de personas ya detenidas con el fin de llevar a cabo una medida de investigación, la OEI no incida en la libertad de la persona afectada¹⁰⁶.

Tras esta evaluación, el TJUE concluye que no es posible extrapolar a la OEI el criterio de autoridad judicial emisora determinado para la OEDE y que, por lo tanto, es posible su emisión por una fiscalía con independencia de la relación de subordinación jurídica que pueda existir entre la misma y el Poder Ejecutivo y de la exposición de dicho fiscal o de dicha fiscalía al riesgo de estar sujetos, directa o indirectamente, a órdenes o instrucciones individuales de ese poder¹⁰⁷.

De esta conclusión puede deducirse que el principio de confianza mutua se refuerza cuando la normativa que regula un instrumento de reconocimiento mutuo (por ejemplo, la Directiva OEI) es clara en la designación de las autoridades competentes, aumenta las garantías de respeto a los derechos fundamentales en su emisión y ejecución y ello siempre que no se encuentren en juego bienes jurídicos de máxima protección (como la libertad o la prohibición de tortura o tratos inhumanos o degradantes). En estos casos los requisitos de independencia de la autoridad emisora pueden ser más laxos que cuando la normativa reguladora (por ejemplo, la decisión marco OEDE) carece de estas garantías y su objeto son bienes jurídicos de máxima protección. Así, en virtud de preceptos específicos, en la Directiva OEI se incorporan garantías que permiten conciliar unos mayores requerimientos de la resolución que adopte la medida solicitada en el

104 *Ibid.* Apartados 57 a 63.

105 *Ibid.* Apartados 64 a 69.

106 *Ibid.* Apartados 70 a 73.

107 *Ibid.* Apartados 74 y 75.

Estado miembro ejecutor, como el requerimiento de autorización judicial previa. Por ejemplo, las solicitudes de comunicación de información relativa a una cuenta bancaria no precisan de esta autorización judicial en todos Estados miembros¹⁰⁸.

Sin embargo, hay otros supuestos en los que el respeto a la diversidad de garantías no es aplicable debido a que el estándar de orden público que rodea a una determinada medida de investigación ha sido fijado de manera uniforme por el TJUE por derivarse de la aplicación del Derecho de la Unión. Así, por ejemplo, no sería admisible una OEI emitida por un fiscal solicitando el acceso a los datos conservados por operadores de comunicaciones electrónicas en otro Estado miembro, ya que el TJUE declaró en el asunto *Prokuratuur* que dicho acceso, para respetar los artículos 7,8,11 y 52 CDFUE requería una autorización previa judicial o de una autoridad administrativa independiente, debido a que el fiscal no tiene condición de tercero, sino de director de la fase de investigación y ejerce la acusación pública¹⁰⁹.

e. Proyección exterior del orden público internacional europeo

La mayoría de los convenios internacionales de cooperación jurídica internacional en materia penal, ya sean a nivel global¹¹⁰ o a nivel regional¹¹¹, incorporan cláusulas de orden público. Sin embargo, cabe preguntarse si cuando se habla de este orden público se debe acudir por extensión al orden público europeo: a priori así debe ser por la pura aplicación del principio de primacía del derecho de la UE, que puede suscribir tratados de cooperación jurídica internacional, tal y como dispone el artículo 216 TFUE, vinculando a los Estados miembros¹¹². Dichos tratados, al entrar en vigor, pasan a formar parte del Derecho de la Unión¹¹³, y además tienen primacía sobre el derecho derivado de la Unión¹¹⁴. Sin embargo, el TJUE declaró en el caso *Kadi c. Consejo* que:

108 *Ibid.* Apartado 65.

109 Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 2 de marzo de 2021 en el asunto C-746/18 *Prokuratuur*; [ECLI:EU:C:2021:152](#), apartados 46 a 59.

110 *Vid. Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional* de 15 de diciembre de 2000, artículo 21 b).

111 Por ejemplo, en el ámbito del Consejo de Europa, el Convenio Europeo de cooperación jurídica internacional en materia penal de 20 de abril de 1959, STE n.º 30, artículo 2 b); en el ámbito de la OEA, la Convención Interamericana sobre asistencia mutua en materia penal de 23 de mayo de 1992, *STOEA n.º 75*, artículo 9 e); en el ámbito de la Unión Africana, la Convención sobre la prevención y lucha contra el terrorismo de 1 de julio de 1999, artículo 15 c).

112 Por ejemplo, el Acuerdo de Extradición entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América de 25 de junio de 2003. ELI: [http://data.europa.eu/eli/agree_internation/2003/516\(1\)/oj](http://data.europa.eu/eli/agree_internation/2003/516(1)/oj)

113 Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de abril de 1974 en el asunto C-181/73 *R. & V. Haegeman contra Estado belga*. [ECLI:EU:C:1974:41](#), apartado 5.

114 Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 3 de junio de 2008 en el asunto C-308/06 *The Queen, a instancia de International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko) y otros contra Secretary of State for Transport*. [ECLI:EU:C:2008:312](#), apartado 42

«[...] las obligaciones impuestas por un acuerdo internacional no pueden tener por efecto menoscabar los principios constitucionales del Tratado CE, entre los que figura el principio según el cual todos los actos comunitarios deben respetar los derechos fundamentales, pues el respeto de esos derechos constituye un requisito de legalidad de dichos actos, cuyo control incumbe al Tribunal de Justicia, en el marco del sistema completo de vías de recurso establecido por dicho Tratado»¹¹⁵.

Por lo tanto, una consecuencia muy relevante de esta doctrina es la posibilidad de que el TJUE anule aquellos tratados de cooperación jurídica internacional en materia penal suscritos por la UE que no respeten el orden público europeo al no incorporar salvaguardias suficientes que garanticen el respeto a los derechos fundamentales.

Ello supone un nuevo reto en la negociación de nuevos instrumentos multilaterales de cooperación jurídica internacional en materia penal, como los que actualmente se centran en fenómenos globales como la cibercriminalidad y el acceso a la prueba electrónica. Así, aunque la UE no puede ser parte del 2.º protocolo adicional del Convenio Europeo de lucha contra la cibercriminalidad (Convenio de Budapest), debido a que este protocolo condicionaba la normativa de la Unión en materia de prueba electrónica, el Consejo adoptó una decisión por la que se autorizaba a los Estados miembros a firmar, en interés de la Unión, dicho protocolo adicional, acompañando un anexo en el que se da instrucciones a los Estados miembros de las declaraciones y reservas a efectuar para garantizar su compatibilidad con el derecho y políticas de la Unión, en especial dotando de garantías adecuadas a la protección de datos personales.¹¹⁶

Igualmente, en el ámbito de la ONU, la UE ha participado en la negociación de un convenio internacional integral sobre la lucha contra la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación con fines delictivos, a cuyos efectos el Consejo ha adoptado una decisión autorizando la apertura de estas negociaciones en nombre de la UE incluyendo en su anexo una serie de directrices entre las que se encuentra (19)

«Que el convenio fije condiciones estrictas y salvaguardias sólidas para garantizar que los Estados miembros de la UE puedan respetar y proteger los derechos fundamentales, las libertades y los principios generales del Derecho de la UE consagrados en los Tratados de la Unión Europea y en la Carta de los Derechos Fundamentales, incluidos, en particular, los principios de proporcionalidad, legalidad y necesidad de los delitos y las penas, las garantías y derechos procesales, el derecho a la tutela judicial efectiva,

115 Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 3 de septiembre de 2008 en los asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P *Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation contra Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas*. ECLI:EU:C:2008:461, apartado 285.

116 Decisión (UE) 2022/722 del Consejo de 5 de abril de 2022 por la que se autoriza a los Estados miembros a firmar, en interés de la Unión Europea, el Segundo Protocolo adicional al Convenio sobre la Cibercriminalidad, relativo a la cooperación reforzada y la revelación de pruebas electrónica. ELI: <http://data.europa.eu/eli/dec/2022/722/oj>; apartados 5, 6, 11 y 13.

la presunción de inocencia, el derecho a un juicio justo y los derechos de defensa de las personas sujetas a procedimientos penales, el derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por el mismo delito, así como el derecho a la intimidad, el derecho a la protección de los datos personales y de las comunicaciones electrónicas cuando se traten dichos datos, incluidas la transmisión a autoridades de países no pertenecientes a la Unión Europea, y el derecho a la libertad de expresión e información. Que el convenio garantice, en particular, que los Estados miembros de la UE puedan cumplir con los requisitos para la transmisión internacional de datos personales en el sentido de la Directiva (UE) 2016/680, el Reglamento (UE) 2016/679 y la Directiva 2002/58/CE. Que las condiciones y garantías también garanticen la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en consonancia con las normas internacionales en materia de derechos humanos. Que esto se aplique a todo el convenio, incluidas las medidas procesales y de cooperación, también las que pueden interferir significativamente en los derechos de las personas»¹¹⁷.

Más allá de supuestos de nuevos tratados de cooperación jurídica internacional, también se encuentran sujetos al mismo escrutinio de conformidad con los derechos fundamentales de la Unión los tratados ya celebrados por los Estados miembros en materias en las que actúen aplicando el Derecho de la Unión. El respeto a los derechos fundamentales puede permitir a los tribunales nacionales ejecutar las solicitudes de cooperación internacional basadas en estos tratados mediante una interpretación de estos conforme al Derecho de la Unión y si la misma no fuera posible, a acordar su inaplicación en virtud del principio de primacía y sin perjuicio de su denuncia mediante los cauces prevenidos por el Derecho Internacional general¹¹⁸.

Esta nueva orientación conduce a una necesaria reflexión por parte de los Estados miembros a la hora de suscribir y en su caso denunciar tratados multilaterales o bilaterales. Una evaluación previa debería actuar de manera preventiva en aquellas materias en las que existe definido un criterio de orden público europeo, de modo que los instrumentos incorporen las garantías adecuadas, reduciendo así el riesgo de colisión manifiesta entre ordenamientos jurídicos. La incorporación de estos *emergency brakes* en los tratados de cooperación jurídica internacional en materia penal permiten preservar los derechos fundamentales como parte integral de los valores esenciales del ordenamiento jurídico español y de la Unión, sin renunciar por ello a la prevención y sanción eficaz de comportamientos delictivos¹¹⁹.

117 Decisión (UE) 2022/895 del Consejo de 24 de mayo de 2022 por la que se autoriza la apertura de negociaciones en nombre de la Unión Europea con el fin de negociar un convenio internacional integral sobre la lucha contra la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación con fines delictivos. ELI: <http://data.europa.eu/eli/dec/2022/895/oj>, apartado 19.

118 Conclusiones del Abogado General Sr. Anthony M. Collins en el asunto C-435/22 PPU *Generalstaatsanwaltschaft München c. HF*. ECLI:EU:C:2022:775, apartados 68 y 77.

119 NIETO MARTÍN, A. «El concepto de orden público como garantía de los derechos fundamentales en la cooperación jurídica internacional». En: Luis Díez-Picazo y Adán Nieto Martín (coord.). *Derechos fundamentales en el Derecho penal europeo* (2010), ISBN 978-84-470-3518-2, pp. 453-488.

3. ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL Y JUS COGENS: FLAGRANTE DENEGACIÓN DE JUSTICIA Y EXTRADICIÓN

Partiendo de la definición de orden público internacional, la existencia de un marco de referencia de valores y principios esenciales (o constitucionales) solo parece válida respecto de un ordenamiento jurídico nacional o regional, ya que no existe, fuera del ámbito específico del Estatuto de Roma¹²⁰, ningún ordenamiento jurídico global que permita la formación de unos valores constitucionales que puedan ser amparados universalmente.

Tal y como afirma el profesor Nieto Martín, el Derecho Internacional adolece hoy de un grado de indeterminación considerable, fruto de las distancias existentes entre sistemas jurídicos y, sobre todo, del distinto grado de respeto a los derechos humanos¹²¹. Un claro ejemplo de disonancia entre el orden público nacional y regional respecto del orden público internacional se encuentra en la prohibición de la pena de muerte: si es claro que los artículos 2 del CEDH y de la CDFUE proscriben la pena capital y dicha prohibición forma parte del orden público regional europeo, y por ende del orden público nacional español¹²², también existe unanimidad doctrinal considerando que esta prohibición no forma parte del orden público internacional.

Sin embargo, existe un núcleo del derecho internacional general fundado en normas de *jus cogens*, caracterizadas por no ser disponibles mediante tratados celebrados por los Estados. Esta doctrina tendría como base jurídica el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados, según el cual es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter¹²³. La Comisión de Derecho Internacional de la ONU viene elaborando unas conclusiones provisionales sobre la identificación y las consecuencias legales de normas imperativas de derecho internacional general (*jus cogens*)¹²⁴ que incorpora un anexo en el que se identifican las siguientes:

120 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional; hecho en Roma el 17 de julio de 1998. Entró en vigencia el primero de julio de 2002. United Nations, *Treaty Series*, vol. 2187, n.º 38544

121 NIETO MARTÍN, A., *op. cit.*

122 *Vid.* Artículo 15 CE; Permalink ELI: [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con)

123 Instrumento de adhesión de 2 de mayo de 1972, del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969. *BOE de 13 de junio de 1980*.

124 ONU, International Law Commission (2022) Draft conclusions on identification and legal consequences of peremptory norms of general international law (*jus cogens*) with commentaries (2022).

- a) La prohibición de la agresión.
- b) La prohibición del genocidio.
- c) La prohibición de crímenes contra la humanidad.
- d) Las normas básicas del Derecho Internacional humanitario.
- e) La prohibición de discriminación racial y del *apartheid*.
- f) La prohibición de la esclavitud.
- g) La prohibición de la tortura.
- h) El derecho a la autodeterminación.

Aunque la doctrina Soering del TEDH ha impulsado el análisis de la prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos o degradantes como principio de orden público internacional, cabe preguntarse si la metodología Aranyosi en dos fases del TJUE (la de apreciación de las deficiencias sistémicas mediante datos veraces y actualizados y la de su posterior individualización al caso concreto) debiera ser exportable a terceros países en la apreciación de este tipo de deficiencias sistémicas. En opinión del autor, este tipo de evaluación no sería automáticamente aplicable a las solicitudes de entrega de sujetos procesales por terceros Estados, ya que estos no están vinculados por los valores expresados en el artículo 2 TUE y por extensión, no les resulta aplicable un criterio de confianza mutua que exija destruir una presunción del respeto a los valores compartidos entre los miembros de la Unión. Por otro lado, es posible que las exigencias de comunicación entre autoridades solicitantes y autoridades requeridas de cooperación internacional que impone esta metodología sean poco operativas en un entorno global, ajeno al principio de reconocimiento mutuo, en el que por regla general los cauces de comunicación entre autoridades judiciales resultan mucho más complejos al requerir la intervención de Autoridades Centrales (generalmente de naturaleza gubernativa).

También parece cuestionable que la doctrina Soering sobre la flagrante denegación de justicia sea un nuevo elemento integrador del *jus cogens* internacional. Más allá de su identificación por la jurisprudencia nacional¹²⁵ y regional¹²⁶, la flagrante denegación de justicia ya comenzó a integrar el orden público internacional¹²⁷ a finales de 1990 con

125 Sentencia de la High Court of England and Wales (Administrative Court) de 11 de junio de 2021 en el asunto Popoviciu v. the Bucharest Court of Appeal; (2021) EWHC 1584 (Admin.). Disponible en: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Admin/2021/1584.html>

126 También la Corte Interamericana de Derechos Humanos se hizo eco de la jurisprudencia del TEDH en su Sentencia de 30 de junio de 2015 del caso *Wong Ho Wing Vs. Perú*, Serie C, n.º 297, párrafo 136.

127 NIETO MARTÍN, A. «El concepto de orden público como garantía de los derechos fundamentales en la cooperación penal internacional». En: Díez-Picazo, L. (dir.). *Derechos fundamentales en el Derecho penal europeo*, 2010, pp. 475-476.

la adopción por la Asamblea General de Naciones Unidas de un tratado modelo de extradición¹²⁸ que incorpora entre los motivos para denegar obligatoriamente la extradición que la persona para la que se solicita no haya tenido o no vaya a tener un proceso penal con las garantías mínimas del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹²⁹.

La cuestión es si la definición de una de estas garantías mínimas del derecho a la tutela judicial efectiva, la de ser oído con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, puede integrarse bajo el prisma del orden público europeo tal y como se sugería veladamente por la sentencia Soering.

Resulta interesante a estos efectos la reciente doctrina del Tribunal Constitucional español (TC) que exporta la doctrina europea de la independencia del fiscal al ámbito de la entrega de sujetos procesales respecto de terceros estados¹³⁰. Según el Tribunal de garantías:

«[...] no es óbice para la toma en consideración de esta doctrina europea la diferencia que existe entre un sistema simplificado de entrega de personas condenadas o sospechosas basado en la libre circulación de decisiones judiciales en materia penal en el espacio común de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea (considerando 5 de la Decisión Marco 2002/584), y el sistema clásico de extradición, materia tratada extensamente en el fundamento jurídico cuarto de la reciente STC 132/2020, de 23 de septiembre, pues la vigencia y el valor objetivo de unos mismos derechos fundamentales configuran un parámetro compartido de interpretación de los requisitos de funcionamiento de cada sistema. En esta sentencia, [se refiere a la 132/2020] el Pleno de este Tribunal ha ratificado el criterio de la anterior STC 26/2014, de 13 de febrero, y, por lo que ahora interesa, ha destacado el valor hermenéutico de los criterios sentados por el TJUE sobre el contenido del derecho a un proceso equitativo recogido en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea»¹³¹.

128 ONU, Res. 45/116 adoptada el 14 de diciembre de 1990 en la 68.ª sesión plenaria de la Asamblea General, artículo 3 f). Disponible en: https://digitallibrary.un.org/record/105573/files/A_RES_45_116-ES.pdf.

129 ONU, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966; *vid.* la [observación general n.º 32](#) del Comité de Derechos Humanos de la ONU al artículo 14, apartado III «una audiencia pública con las debidas garantías ante un tribunal competente, independiente e imparcial». Disponible en: tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=sp&TreatyID=8&DocTypeID=11

130 STC 147/2020 de 19 de octubre de 2020, [ECLI:ES:TC:2020:147](#), FJ 7 y 8, y en el mismo sentido STC 147/2021 de 12 de julio. [ECLI:ES:TC:2021:147](#), FJ 3,4 y 5.

131 STC 147/2020 de 19 de octubre de 2020, [ECLI:ES:TC:2020:147](#), FJ 7 y 8. y STC 147/2021 de 12 de julio de 2021. [ECLI:ES:TC:2021:147](#), FJ 3 y 4.

Sin embargo, la recepción de esta doctrina constitucional en los tribunales españoles encargados de aplicar la legalidad extradicional ha sido muy controvertida, en especial en los recursos planteados frente a extradiciones originadas en la fiscalía del Reino de Marruecos¹³², hasta el punto de que el TC se ha visto obligado a aclararla y matizarla recientemente¹³³, para distinguir así:

«[...] entre una garantía básica, consistente en que el órgano judicial verifique, al examinar la petición de extradición, la imparcialidad de la autoridad que la ha emitido, garantía inherente al deber de motivación reforzada de una decisión que ha de afectar necesariamente a la esfera de la libertad personal del reclamado, y una garantía específica, consistente en que la solicitud venga refrendada por una autoridad judicial desde el mismo país de origen, fundada en el art. 7.1 a) LEP, que es de directa aplicación en caso de ausencia de convenio extradicional con el Estado reclamante (STC [147/2021](#), FJ 4), pero que puede verse modulada en función de

132 Auto del Pleno de la Sala Penal de la Audiencia Nacional n.º 37/2021, de 4 de junio de 2021, ECLI:ES:AN:2021:5547A, TOL8.560.803, RJ 2º; Auto del Pleno de la Sala Penal de la Audiencia Nacional n.º 76/2021 de 19 de noviembre de 2021, ECLI:ES:AN:2021:10164A, TOL8.797.136, RJ 2º D; Auto del Pleno de la Sala Penal de la Audiencia Nacional n.º 46/2022 de 23 de mayo de 2022, ECLI:ES:AN:2022:4608A, TOL9.058.730, RJ 2º, y por todos los anteriores, el Auto del Pleno de la Sala Penal de la Audiencia Nacional n.º 80/2022, de 7 de octubre de 2022, ECLI:ES:AN:2022:8873A, TOL9.271.012. De especial relevancia es el argumento dado en Auto del Pleno de la Sala Penal de la Audiencia Nacional n.º 61/2021, de 20 de septiembre de 2021, ECLI:ES:AN:2021:8272A, TOL8.642.519, RJ 8º:

«[...] De modo que si bien las dos instituciones (órdenes europeas de detención y extradiciones) tienen en común la solicitud de entrega de una persona por parte de una autoridad emisora independiente del país requirente de acuerdo al resultado de la investigación oficial respetuosa de la legislación interna, los requisitos exigidos por una única autoridad judicial central como es el TJUE, entre cuyas misiones está la de unificar criterios para facilitar esas peticiones de entrega dentro de un espacio común de reglas y bajo unos criterios de armonización de principios y administración de justicia, tales requisitos no pueden ser extrapolables entre mundos jurídicos muy diversos, con procedimientos diferentes según las reglas de cada país y donde una de las partes firmantes de un Tratado no puede, bajo la cobertura de la protección de los derechos del reclamado o de una protección legal que sólo existe de acuerdo a las reglas de su país, exigir requisitos diferentes de los expresamente pactados. En definitiva, los criterios adoptados en la sentencia del T.C. 147/20 sobre la base de la doctrina sentada por el TJUE en su labor de interpretación acerca de quienes sean esas autoridades emisoras y las condiciones que impone en el caso de que éste no sea un juez, entiende el Pleno que no pueden ser exigidos fuera del ámbito de la Unión Europea; sin perjuicio, obviamente, del análisis que en la fase técnico-jurídica de la extradición, el tribunal encargado de llevarla a cabo deba ponderar los datos que las autoridades del país reclamante facilita en su documentación relativas a la claridad y precisión de los hechos punibles, a las evidencias que se aporten sobre su participación o al examen de la legislación del país reclamante en el caso de que deba entenderse que no es respetuosa con los derechos humanos del reclamado».

133 STC 17/2024, de 31 de enero, ECLI:ES:TC:2024:17, FJ 3 y 4 y en el mismo sentido STC 57/2024, de 8 de abril. ECLI:ES:TC:2024:57, FJ 4 y 5.

lo previsto en el convenio de extradición vigente entre las partes, en tanto que fuente normativa de aplicación preferente en los términos del art. 1.1 LEP, de modo que, aun cuando sea una exigencia inherente a la tutela judicial efectiva del derecho a la libertad personal del extraditatus que nuestros tribunales verifiquen que la necesidad y proporcionalidad de la medida ha sido debidamente ponderada por un órgano judicial del país emisor, dicha intermediación judicial puede dispensarse excepcionalmente cuando concurren las siguientes exigencias:

(i) Que se trate de un procedimiento de extradición regido por un convenio bilateral o multilateral que admita la posibilidad de que la petición de entrega pueda emanar de una autoridad no jurisdiccional.

(ii) Que el país requirente suministre información suficientemente expresiva de que se trata de una autoridad competente que, conforme a su legislación interna, está facultada para emitir una solicitud de extradición en condiciones equivalentes a las de una autoridad judicial.

(iii) Que el contenido de la solicitud y de la documentación anexa proporcione a los órganos judiciales españoles la información suficiente para verificar que la misma resulta necesaria y proporcionada».

La principal consecuencia de esta corrección de la doctrina constitucional es el reconocimiento de que las solicitudes de extradición procedentes de terceros estados (a nivel global/internacional) no pueden ser examinadas bajo criterios de orden público idénticos a los que exige la OEDT (nivel UE) y que la autoridad judicial, si bien debe examinar la imparcialidad de la autoridad que solicita la extradición, no puede reclamar en todos los casos un refrendo judicial de la solicitud de extradición, salvo cuando no exista convenio de extradición que regule expresamente este requisito.

4. CONCLUSIÓN

La configuración del principio de orden público internacional, en materia penal, deberá asumir una estructura multinivel que refleje de modo coherente los principios y valores constitucionales, los de la UE, en la medida que amplifican o expanden los recibidos desde el Consejo de Europa y finalmente los escasos ámbitos globales en los que emergen, de modo aislado, valores que pueden llegar a expresarse como obligaciones internacionales *erga omnes*.

Las solicitudes de cooperación jurídica procedentes del ESLJ de la UE no pueden ser examinadas solo bajo el prisma del orden público nacional y en la medida en que suponen la aplicación del Derecho de la Unión por un tribunal español estarán sujetos, en virtud del principio de primacía, a los estándares propios del orden público europeo.

La evolución legislativa (instrumentos de reconocimiento mutuo de 2.ª generación) y el acervo jurisprudencial del TJUE en la configuración de un orden público europeo afecta a las dimensiones que han de tomarse en consideración en la configuración legal de este principio. La configuración legal actual del orden público en el artículo 278.1.1.º LOPJ atiende únicamente al «objeto o finalidad de la cooperación solicitada» pero la jurisprudencia que define el orden público europeo atiende a consideraciones que rebasan este criterio finalista (para qué se coopera), tales como la existencia de deficiencias sistémicas en la tutela de derechos fundamentales en la jurisdicción de origen (con quién se coopera), o en las garantías de ponderación de la necesidad y proporcionalidad de la cooperación solicitada, en la medida en que suponga la injerencia en un derecho fundamental (por qué se coopera). Por lo tanto, debe concluirse que la redacción del citado artículo debiera, *de lege ferenda*, resultar más abierta y coherente con su formulación en los diversos instrumentos internacionales: «Cuando [...] la cooperación solicitada sea manifiestamente contraria al orden público».

En la medida en que las solicitudes de cooperación judicial internacional puedan suponer un riesgo a la prohibición de la tortura o de tratos inhumanos o degradantes y sin perjuicio de las garantías incorporadas a los convenios bilaterales o multilaterales de cooperación jurídica internacional, existe una obligación *erga omnes* de denegar dichas solicitudes, ya que dicho riesgo se predica sobre una situación que puede ser identificada gracias a la existencia de múltiples estándares internacionales. Sin embargo, el riesgo de flagrante denegación de justicia resulta más difícil de objetivar a nivel global, como demuestra su interpretación restrictiva por el TEDH.

La flagrante denegación de justicia se asocia íntimamente a los estándares internacionales relativos a la esencia del derecho a la tutela judicial efectiva y por ello ha sido objeto de una interpretación estricta por parte del TEDH. En este sentido y de conformidad a la evolución de la doctrina del TC español, la invocación de criterios de orden público bajo estándares nacionales o europeos, como la configuración de la independencia de la autoridad judicial emisora de una solicitud de cooperación jurídica internacional, debe aplicarse con cautela, distinguiendo entre una garantía general de la imparcialidad de

autoridad emisora y una garantía específica, la del refrendo judicial, que dependerá de su regulación convencional.

La evolución de las garantías mínimas de los convenios de cooperación jurídica internacional para evitar la flagrante denegación de justicia condiciona su integración entre las obligaciones *erga omnes* de derecho internacional y solo será reconocida como tal en la medida en que se universalicen aquellos aspectos del derecho a la tutela judicial efectiva que deben rodear la emisión de una solicitud de cooperación jurídica internacional, incluyendo el escrutinio de la competencia, independencia e imparcialidad de la autoridad emisora.

5. BIBLIOGRAFÍA

- DE BARTOLOME CENZANO, J. C. *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*. Centro de Estudios Constitucionales (2002).
- DE LANGE, R. The European public order, constitutional principles and fundamental rights. *Erasmus Law Review*, 1, (2007), pp. 3-24.
- FONDESTAD PORTALÉS, L. *Perspectiva crítica de la Orden Europea de detención y entrega a la luz de la Decisión Marco 2002/584/JAI y la Ley 23/2014 de Reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (Análisis comparativo con la Ley 3/2003)*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi (2022).
- GUTIÉRREZ CARDENETE, A. Derechos Fundamentales y Estado de Derecho en la Unión Europea. *Boletín del Ministerio de Justicia*, n.º 2238 (2021). Doi: <https://doi.org/10.53054/bmj.v75i2238.8014>
- JIMENO BULNES, M. *La orden europea de detención y entrega*. Ed. Tirant Lo Blanch (2024).
- LENAERTS, K. y J. A. GUTIÉRREZ-FONS, J. A. «The Place of the Charter in the European Legal Space». En: S. Peers, T. Hervey, J. Kenner y A. Ward (dir.). *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*. Oxford, Hart Publishing (2021), pp. 1711-1734.
- LÓPEZ ESCUDERO, M. Desafíos y límites a la primacía del Derecho de la UE: Jurisprudencia reciente del TJUE y de los tribunales constitucionales. *Revista General de Derecho Europeo*, 58 (2022).
- MARTIN PARDO, A. «El concepto de orden público a la luz de un estudio comparado de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». En: Ludovico Bin et al. *La Influencia de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Derecho Interno*. Tirant lo Blanch, 17 de septiembre de 2019.
- MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. *Derecho Penal Europeo*. Ed. Tirant lo Blanch, pp. 104 y ss.
- NIETO MARTIN, A. «Transformaciones del ius puniendi en el Derecho Global». En: Nieto Martín, A. y García Moreno, B. (dirs.). *Ius puniendi y global law: hacia un Derecho penal sin Estado*, Tirant lo Blanch (2019), p. 17.
- NIETO MARTIN, A. «El concepto de orden público como garantía de los derechos fundamentales en la cooperación penal internacional». En: Luis Díez-Picazo y Adán Nieto Martín (coord.). *Derechos fundamentales en el Derecho penal europeo* (2010), ISBN 978-84-470-3518-2, pp. 453-488.

NIETO MARTIN, A. Reconocimiento mutuo, orden público e identidad nacional: la doble incriminación como ejemplo. *La Ley Unión Europea*, n.º 59, 31 de mayo de 2018, Wolters Kluwer. LA LEY 4477/2018.

PERNICE, I. Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe. *European Constitutional Law Review*, 11(3), pp. 541-562. Doi: 10.1017/S1574019615000279.

ZILLER, J. *The primacy of EU law*. Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies, European Parliament (2022). [PE 732.474](#).

