

Resolución de conflictos de jurisdicción internacionales en el ámbito privado y en el ámbito penal. ¿Compartimentos estancos o existe margen para la transferencia en su regulación en Europa?

Settlement of International conflicts of jurisdiction in private and criminal law. Self-contained areas or is there room for transference in the EU framework?

Alejandro Hernández López

Doctor en Derecho (Universidad Valladolid)

Plaza dela Universidad s/n 47002 Valladolid, España

alejandro.hernandez.lopez@uva.es

<https://orcid.org/0000-0002-9481-3402>

Irene Merino Calle

Doctora en Derecho (Universidad de Valladolid)

Plaza dela Universidad s/n 47002 Valladolid, España

irenemerino3@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0001-9318-896X>

Noviembre, 2020

RESUMEN: El establecimiento de foros de competencia judicial en el ámbito del Derecho Internacional Privado, para atribuir el conocimiento de una situación privada internacional a los tribunales de uno u otro Estado, encuentra su fundamento en la proximidad por diversos motivos de la situación jurídica con el Estado cuyos tribunales resolverán la disputa. En cambio, en el ámbito penal, la determinación del tribunal competente es un proceso lento y con dificultades, y continúa siendo una competencia exclusiva reservada a los Estados. En este sentido, determinar qué tribunal va a poder conocer de un conflicto internacional va a depender de lo dispuesto en veintisiete sistemas penales diferentes. A través del presente artículo, nuestra contribución persigue plantear breve e inicialmente si es posible hallar un punto de confluencia entre ambas disciplinas jurídicas, constituyendo por tanto un punto de partida en el examen de la materia, es decir, si los foros y el sistema competencia de Derecho Internacional Privado, podría llegar a servir de inspiración a la hora de formular reformas legislativas comunitarias y armonizar el proceso relativo a la distribución de la competencia ante casos penales transfronterizos en la Unión Europea.

PALABRAS CLAVE: Derecho Internacional Privado; Derecho procesal penal; Derecho de la Unión Europea; conflicto de jurisdicción; litispendência; cooperación judicial.

ABSTRACT: The establishment of grounds of jurisdiction in International Private Law to confer jurisdiction in international private situations to the courts of one State or another is based on the closeness of the legal position to the State whose courts shall decide the dispute. By contrast, in criminal law, the allocation of jurisdiction, which remains an exclusive competence of the States, is still a time-consuming procedure full of burdens. In this sense, determining which court shall investigate and prosecute a cross-border case highly depends on the rules laid down on up-to 27 national criminal laws. This article aims to highlight the vast differences that between the private and criminal law regimes on conflicts of jurisdiction, to determine whether a convergence point can be observed, in the sense that whether the grounds and competence system used in International Private Law could inspire de lege ferenda proposals on the allocation of jurisdiction and settlement of conflicts in cross-border criminal cases within the European Union.

KEY WORDS: International Private Law; Criminal Procedure Law; European Union Law; conflict of jurisdiction; *lis pendens*; judicial cooperation.

SUMARIO*:

1. Introducción
2. El conflicto de jurisdicción en el ámbito de Derecho Internacional Privado
 - 2.1. Prelación de los foros
 - 2.2. Obstáculos que versan sobre la atribución de competencia
 - a) Comprobación de la atribución.
 - b) Excepciones de litispendencia y conexidad
3. Los Conflictos de Jurisdicción penal entre Estados miembros de la Unión Europea
 - 3.1. Antecedentes y fundamento
 - 3.2. Base legal en el Derecho originario
 - 3.3. Principios y criterios de atribución de la jurisdicción penal
 - a) La diversidad nacional de principios de atribución de la jurisdicción
 - b) Ausencia de criterios jerarquizados a nivel de la UE
 - 3.4. Procedimiento de resolución de conflictos y transferencia de procedimientos
 - a) El procedimiento de resolución y el papel de Eurojust
 - b) Ausencia de instrumento UE sobre transferencia de procedimientos
 - 3.5. La soberanía nacional como obstáculo
4. Conclusiones
- Bibliografía

* Irene Merino Calle: Autora del apartado segundo referido a conflictos de jurisdicción en el ámbito de Derecho Internacional Privado. La presente aportación ha sido realizada en el marco de una estancia postdoctoral en la Universidad de Oporto (Contrato postdoctoral Universidad de Valladolid, convocatoria 2016).
Alejandro Hernández López: Autor del apartado tercero referido a conflictos de jurisdicción penal. La presente aportación ha sido realizada en el marco de los proyectos de investigación "Garantías procesales de investigados y acusados: la necesidad de armonización y fortalecimiento en el ámbito UE" (MINECO, ref. DER 2016-78096-P) y "Sociedades seguras y garantías procesales: el necesario equilibrio" (JCYL, ref. VA135G18).

1. Introducción

En la actualidad, el conglomerado de situaciones internacionales en conflicto es cuanto menos alarmante. Ante un mundo globalizado como el que habitamos, con una frecuente movilidad de personas, se suceden de forma constante sucesos ilícitos que, en ciertas ocasiones, pueden producir efectos extraterritoriales, requiriendo en esas circunstancias, de la cooperación de los Estados de la comunidad internacional. La normativa interna, de naturaleza convencional internacional y comunitaria entran en la esfera para regular los calificados como "situaciones de tráfico jurídico internacional"¹.

Tradicionalmente, esta realidad social fue atendida en el marco del Derecho Internacional Privado, donde, una de sus materias propias ha sido determinar "quién" es la autoridad nacional competente, capacitado y adecuado para regular y resolver el fondo de los conflictos de tráfico jurídico internacional².

Precisamente, y debido a que el proceso internacional está conformado (grosso modo) por tres grandes etapas: 1. La admisión de la competencia por parte de los órganos jurisdiccionales estatales, 2. Cómo se desarrolla el proceso en el estado competente³, y, 3. El procedimiento de reconocimiento y ejecución fuera del espacio jurisdiccional de la sentencia que se dictó en el estado competente⁴; el presente trabajo que hoy traemos al lector estará dedicado a la primera de las etapas, es decir, al estudio del conflicto jurisdiccional en el ámbito de Derecho Internacional Privado y Penal, pues las normas de competencia judicial internacional sirven para determinar qué litigios jurídicos internacionales, pueden ser resueltos por los tribunales españoles y cuáles no. Son, por tanto, un presupuesto procesal de cualquier decisión sobre el fondo. Al mismo tiempo, nos preguntaremos si el sistema y fundamentación de reglas de naturaleza privada pueden extrapolarse por analogía, como criterio de base al campo del Derecho Procesal Penal comunitario, siempre en cuanto a la cuestión de fondo general –por ejemplo, la cuestión del domicilio, la exclusividad por proximidad con el litigio...etc- y no tanto en cuanto a particularidades de la materia civil. De un lado, en nuestro país, la competencia judicial internacional privada queda regulada por una pluralidad de textos, situando el punto de partida en los instrumentos legales internacionales, en particular, en el Reglamento (UE)

¹ JORGE ALBERTO SILVA, "Marco general de la competencia y cooperación procesal penal internacional", en *Revista Opinión Jurídica Universidad de Medellín*, Vol. 15, Nº 30, 2016, pp. 67-92, en especial p. 71. EDUARDO TELLECHEA BERGMAN, en *La Dimensión Judicial del Caso Privado Internacional en el Ámbito Regional*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2002, p. 10.

² ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA, y JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, en *Derecho Internacional Privado*, Granada, 2000, p. 63.

³ JULIO DIEGO GONZÁLEZ CAMPOS, "Las relaciones entre fórum y ius en el Derecho Internacional Privado. Caracterización y dimensiones del problema", en *ADI*, vol.IV, 1977-1978, pp. 89-136.

⁴ MÓNICA GUZMÁN ZAPATER y MÓNICA HERRANZ BALLESTEROS, "La competencia judicial en el reglamento (CE) nº 44/2001 (I): ámbito de aplicación, foros objetivos y atribución de la competencia judicial internacional por voluntad de las partes", en *Curso virtual. Un estudio sistemático del espacio judicial europeo en materia civil y mercantil*, 2009-2010, pp. 1-26, en especial, pp.1. En el año 2014, con la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, se finalizó la transposición en nuestro país de la normativa comunitaria sobre reconocimiento mutuo de resoluciones penales.

Nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil -en adelante R Bruselas I-bis-, que sustituye al anterior Reglamento 44/2001 -Reglamento Bruselas I-⁵. El Reglamento Bruselas I Bis es instrumento jurídico cuya naturaleza y fundamentación radica en el intento del sistema europeo por beneficiar a los operadores económicos al seguir la estela de subordinar el proceso de integración a la lógica del mercado, y es aplicable a todos los Estados Miembro de la Unión Europea⁶. En caso de que éste no sirva, se aplicarán las normas de naturaleza interna. Con todo, dentro de la normativa estatal, es preciso hacer una diferenciación según las fuentes de este tipo de normas: en primer lugar, hay que observar si hay algún instrumento internacional aplicable al litigio internacional y ratificado por ese Estado -y en el caso de la UE, los suscritos por ésta-, y en su defecto, se aplicará la regulación de producción interna de ese Estado⁷, -artículos 21 a 22 nonies de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁸ y artículo 96.I de la Constitución española-⁹. De otro lado, la competencia penal internacional si bien también se asienta y se determina por tratados y convenios internacionales celebrados entre los Estados, está fuertemente influenciada por el Principio de no intervención, fundamento que surge del pensamiento generalizado y aceptado de la igualdad de soberanía de los Estados¹⁰. Por este motivo es que, para el ámbito penal, para determinar qué tribunal será competente para conocer de un asunto, se prime la importancia del territorio, a lo que se le conoce como Principio de

⁵ DOUE. L 351/1- REGLAMENTO (UE) Nº1215/2012 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 (refundición).

⁶ DÁMASO FCO. JAVIER VICENTE BLANCO, "Problemas de jurisdicción competente y ley aplicable en los mercados electrónicos", LUIS ANTONIO VELASCO [et.al], *Acuerdos horizontales, mercados electrónicos: y otras cuestiones actuales de competencia y distribución*, 2014, Lex Nova, Valladolid.

⁷ Cuando el litigio esté cubierto por el Reglamento 1215/2012 se utilizará sólo este instrumento y no las normas nacionales de cada Estado, para determinar qué tribunales europeos pueden conocer. Así lo indica claramente el art. 5 del Reglamento Bruselas I-bis. Pese a ello, muchas de las normas nacionales de los Estados miembros tienen una apariencia de aplicación internacionalmente imperativa, es decir, de prevalencia sobre el Reglamento 1215/2012. Lo anterior ocurre, sobre todo, en aquellos casos en que el Reglamento no proporciona ningún tipo de protección conflictual a una parte del litigio que sí es considerada digna de protección por las normas nacionales (por ejemplo, un contratante considerado débil). En estos casos, el Reglamento 1215/2012 permite que las partes se sometan al tribunal estatal que deseen y en su defecto, que se aplique la norma general del domicilio del demandado o el foro especial por razón de la materia, mientras que la norma de producción interna puede continuar estableciendo la competencia exclusiva de los tribunales de ese Estado miembro para conocer del asunto. Estas normas protectoras no pueden ser aplicadas cuando el caso queda bajo el ámbito de aplicación del Reglamento 1215/2012. Ello iría en contra del principio de primacía del Derecho europeo. De acuerdo con este principio, el Derecho europeo es superior al Derecho nacional de los Estados miembros, y se aplica respecto a todos los instrumentos europeos que tengan fuerza vinculante, como son los Reglamentos. En consecuencia, un Estado Miembro no puede aplicar una norma nacional que contradiga una Ley europea. El TJCE consagró este principio en el caso *Costa v. Enel*, STJCE 15 julio 1964, *Flaminio Costa v E.N.E.L.*, asunto 6/64. MARÍA ASUNCIÓN CEBRIÁN SALVAT, "La competencia judicial internacional residual en materia contractual en España", en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 9, Nº 2, 2017, pp. 127-150, en especial, pp. 131-133.

⁸ BOE núm. 157, de 02/07/1985. Sus características principales son: En primer lugar, se establece una asignación atributiva positiva de la competencia a los tribunales españoles -pero no especifica que institución territorial en concreto debe conocer el asunto-; e igualmente en el caso de ser negativa no se indica específicamente qué jueces extranjeros deben conocer del asunto. En segundo lugar, el momento en que se activa la atribución de la competencia es en el momento en que se interpone la demanda, tal y como recogen los artículos 410 y 411 de la Ley de enjuiciamiento civil. De tal forma que un cambio posterior a su presentación, por ejemplo, un cambio de domicilio del demandado no producirá efectos en la jurisdicción. En tercer lugar, las normas de la Ley Orgánica del Poder Judicial son de aplicación para toda clase de procesos de ámbito civil y mercantil. En último término, las normas que recoge la LOPJ son claramente similares a sus análogas europeas, incluido su jerarquización y contenido.

⁹ BOE núm. 311, de 29/12/1978.

¹⁰ KAI AMBOS, "Los fundamentos del "iuspuniendi" nacional, en particular su aplicación extraterritorial", en *Persona y Derecho*, No. 51, 2004, pp. 225-254.

territorialidad de la ley¹¹. Sin embargo, y de acuerdo con Kohl, “los estados cada día se esfuerzan más en dar cabida a los acontecimientos difíciles que se suceden, en sus normas de asignación basadas en la localización. Tanto es así que ha habido llamamientos para abandonar el Sistema de regulación de base territorial”¹².

2. El conflicto de jurisdicción en el ámbito de Derecho Internacional Privado

La parte procesal del Derecho Internacional Privado, es una rama de éste, cuya fundamentación se encuentra en la función que desempeña en la realidad social¹³. El Derecho legislado por un Estado en muchas ocasiones no es autosuficiente para poder solventar los conflictos y litigios que se le presentan, pues esa realidad social lo supera, consistente en la internacionalización y diversidad de las relaciones jurídicas¹⁴. El Derecho y la realidad social interactúan de forma necesaria, y el aspecto procesal del Derecho internacional Privado no es una excepción, se presenta además como una necesidad sociológica. Carnelutti, en su obra sobre Teoría General del Derecho, al tratar del mandato jurídico, pone el foco de atención en que, en toda relación social, existe un interés contrapartida entre las partes y la cosa, es decir, las partes respecto de una misma cosa se encuentran divididos en cuanto a su interés por ella, por ejemplo, vendedor y comprador, agresor y víctima¹⁵.

La competencia judicial internacional a la que este artículo dedica su aportación, puede entenderse como la aptitud legal de los órganos jurisdiccionales y autoridades públicas de un Estado para conocer de las controversias suscitadas por las situaciones privadas internacionales, ya pertenezcan a la jurisdicción contenciosa o voluntaria¹⁶; dicho con otras palabras, “como el conjunto de normas y principios que regulan la función jurisdiccional cuando su cumplimiento supone algún tipo de contacto con un ordenamiento jurídico extranjero”¹⁷.

¹¹ ISRAEL SOLER PEDROZA y WILLIAM GUILLERMO JIMÉNEZ, “¿Cómo establecer la jurisdicción y competencia en casos de internet? Tendencias internacionales y nacionales”, en Diálogos de saberes, No.41, 2014, p. 18.

¹² UTA KOHL, en *Jurisdiction and the internet regulatory competence over online activity*, Second edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

¹³ JURGEN HABERMAS, en *Factidad y Validez*, 1998, Madrid, p. 105 y ss, recogido por DÁMASO FCO. JAVIER VICENTE BLANCO, en *Proyecto Docente e Investigador de Derecho Internacional Privado*, Valladolid, 2020, p. 15.

¹⁴ MILTON FEUILLADE, “consideraciones en torno a la historia del Derecho Procesal civil internacional”, en *Revista del centro de investigaciones de filosofía jurídica y filosofía social*, 2007, nº 30, pp. 53-64, en especial, pp. 63.

¹⁵ FRANCESCO CARNELUTTI, en *Teoría General del Derecho*, Granada, Comares, 2003, pp. 1-60. DOMINGO GARCÍA RADA, “El Proceso Penal en sus relaciones con el Proceso Civil”, en *Derecho PUCP*, (3), 1945, p. 137, disponible en <https://doi.org/10.18800/derechopucp.194502.004>.

¹⁶ En este punto es necesario dejar de manifiesto que la competencia judicial internacional no significa lo mismo que conceptos afines como, por ejemplo: A) La jurisdicción, que hace referencia al poder de los tribunales de un estado para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado – y se recoge en el art. 117.3 de la CE-. Es la actividad propia del poder judicial de cada estado, y opera ante toda clase de relaciones jurídicas – con o sin elemento de extranjería-. B) La competencia interna, que es la facultad de conocer de un asunto determinado por un concreto órgano judicial, de acuerdo con los criterios de competencia objetiva, territorial y funcional establecidos en las leyes procesales de cada país. ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA y, JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, en *Derecho Internacional...*, Op,cit., p.64. PHILIPPE THERY, “Quand la procédure joue contre la compétence: quelques exemples empruntés au contentieux international”, en *Revue trimestrielle de droit civil*, 2013, pp. 166-169.

¹⁷ EDUARDO VESCOVI, en *Derecho Procesal Internacional*, Montevideo, Idea, 2000, p. 13.

El desarrollo del procedimiento en aquellos casos que presentan un elemento de extranjería conlleva asiduamente la necesidad de realizar actuaciones procesales en los territorios de otros países; por tanto, y de no existir esta rama del Derecho Internacional Privado, muchos de los conflictos que pudieran surgir serían imposibles de solventar. Entre los principios que guían el proceso, se halla el garantizar la tutela judicial efectiva, que no es otra cosa que el deber de asegurar los derechos subjetivos inter-partes en los supuestos transnacionales, en un mundo caracterizado por la fragmentación jurisdiccional¹⁸.

Como ya hemos mencionado, el proceso internacional en relación con la fase de atribución de competencia jurisdiccional, -es decir, en la fase de asunción de la competencia para procesar un conflicto privado internacional-, en España, está fijado por un sistema de fuentes prelativas, o dicho con otras palabras, en primer lugar, se acudirá a lo dispuesto en el ya reseñado R Bruselas I-bis, y únicamente, en caso de que no fuera aplicable éste, se acudirá a la normativa de fuente convencional, y en defecto de ésta, a lo dispuesto en la normativa interna -que reproducen casi de forma íntegra, la normativa comunitaria¹⁹-, también llamadas "normas de competencia residuales". Aplicar de forma prelativa la normativa comunitaria puede presentar un gran número de ventajas, como por ejemplo, se tiende a la unificación del Derecho Internacional Privado de los Estados parte; igualmente nos normas con una gran calidad técnica y permiten mejorar el sistema de Derecho Internacional Privado Estatal²⁰.

El R 1215/2012 posee tres ámbitos de actuación, a saber: A) un ámbito territorial y geográfico, es decir, la aplicación de este reglamento recae sobre todos los territorios que conforman la

¹⁸ MIGUEL VIRGÓS SORIANO y FRANCISCO J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, en *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación internacional*, Madrid, Civitas, 2000, p. 29. EDUARDO VESCOVI, en *Derecho Procesal...*, Op. cit., p. 56.

¹⁹ El que exista una primacía por el Derecho comunitario, encuentra su razón de ser en la denominada "comunitarización del Derecho Internacional Privado", consistente en que las instituciones de la Unión europea dispondrán de competencias para elaborar medidas y normas cuyo objetivo sea avanzar en una cooperación judicial en materias civiles que presenten un elemento de extranjería. En definitiva, avanzar en la construcción de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea. En el artículo 81 del TFUE -antiguo artículo 65 del TCE-, establece las materias que pueden ser objeto de comunitarización: competencia judicial internacional, derecho aplicable y validez extraterritorial de decisiones y en relación tanto a cuestiones patrimoniales como personales y familiares. Desde el punto de vista técnico-normativo, con la comunitarización se ha producido una interacción dispar de normas relativas al tráfico jurídico externo y que concernían de manera directa a los diversos sectores del Derecho Internacional Privado. MARC FALLON, "Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré: l'expérience de la Communauté européenne", en *RCADI*, vol. 253, 1995-III, pp. 9-282; ANTOON VICTOR MARIE STRUYCKEN, "Les Conséquences de l'intégration Européenne sur le Développement du Droit International Privé", en *RCADI*, 1992-I, t. 232, pp. 267-379. Igualmente ver DÁMASO FCO. JAVIER VICENTE BLANCO, en *Proyecto Docente...*, Op. cit., p. 154. También lo señala Ciuro Caldaní, cuando dice que "cuando el Derecho Internacional Privado participa en un proceso cabal de integración se produce en él un importante fenómeno de "mutación", o sea, de variación de la rama jurídica por modificación de la circunstancia". MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI, "El Derecho Internacional Privado ante los procesos de integración. Con especial referencia a la Unión Europea y el Mercosur", en *Fundación para las investigaciones jurídicas*, Rosario, 1998, p. 30. Esa misma vis expansiva tienen las normas sobre la competencia, que poseen la capacidad de afectar e imponerse sobre otras normas, como reglas de aplicación inmediata o necesaria. ANTONIO JAVIER ADRIÁN ARNÁIZ, "Aplicación extraterritorial", en *Diccionario de Derecho de la competencia*, Madrid, iustel, 2006, pp. 162-170; ANTONIO ORTIZ-ARCE DE LA FUENTE, "Algunas consideraciones en torno al Derecho Internacional privado español. Pasado y presente", en *Soberanía del Estado y Derecho Internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, 2005, Secretaría de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, p. 980; FRANÇOIS RIGAUX, "Existe-t-il un Droit International de la concurrence?", en *El Derecho Internacional en los albores del siglo XXI. Homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 569-581; LUIS ANTONIO VELASCO SAN PEDRO, "Derecho de la competencia europeo", en *Diccionario de Derecho de la Competencia*, Madrid, Iustel, 2006, pp. 302-308. Igualmente ver DÁMASO FCO. JAVIER VICENTE BLANCO, en *proyecto Docente...*, Op. cit., pp. 155-156.

²⁰ No quedan atrás ciertos inconvenientes, como el carácter limitado de los resultados o diferencia en el trato jurídico. ISABEL LORENTE MARTÍNEZ, "Litigación internacional, Forum non conveniens, y daños punitivos: el caso del accidente aéreo de Spanair", en *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales* N.º 19, 2015, pp. 211-224, en especial, pp. 219-220.

UE, a excepción de Reino Unido²¹. El Brexit, ha conllevado la salida del país británico de todas las obligaciones que le ligaban a los distintos instrumentos de la Unión Europea, y la necesidad de renegociar sus condiciones de adhesión, o el establecimiento de nuevas reglas²²; B) un ámbito personal, que hace referencia a que el Reglamento, como presupuesto general de aplicación, utiliza el domicilio del demandado en un Estado de la UE. Si el demandado está domiciliado en un país comunitario –con independencia de su nacionalidad- se activará la aplicación del Reglamento Bruselas I-bis. Se emplea esta regla general ya que la competencia judicial internacional gira en torno a tres principios fundamentales: 1. Normalmente, en un conflicto internacional se sucede una concurrencia de foros –la exclusividad es una excepción-; 2. Es preciso que exista una proximidad suficiente entre el litigio y el tribunal concedor del caso-; y, 3., es necesario prestar atención a los derechos fundamentales ligados a la competencia, esto es, garantía a la tutela judicial efectiva, no discriminación entre las partes involucradas en el litigio²³.

Sin embargo, esta cláusula general presenta las siguientes excepciones, sin perjuicio de que las analizaremos con más detalle a continuación: 1. La competencia judicial también se somete a lo regulado por el R 1215/2012 cuando, no teniendo domicilio en un país de la UE, las partes consintieron quedar sometidos a la jurisdicción de los tribunales comunitarios; 2. También es de aplicación Bruselas I-bis cuando se hayan establecido alguno de los denominados foros exclusivos que regula el artículo 24; 3. Igualmente, el Reglamento es de aplicación cuando, el demandado no posea domicilio en la UE, pero sin embargo, el conflicto verse sobre materias de seguros o contratos con consumidores, o asuntos laborales, y el demandado posea una sucursal en alguno de los territorios de la UE²⁴; 4. Las normas sobre litispendencia y conexidad se emplean independientemente de que el demandado esté domiciliado en la UE. Todas estas especificaciones tienen su relevancia, pues nos permite decidir qué instrumento se ha aplicar para decidir la competencia jurisdiccional, es decir, en qué casos hay que emplear el Reglamento, y en qué casos la normativa interna se aplicará residualmente. C) Ámbito material, dispuesto en el artículo 1 del Reglamento Bruselas I-bis, y que no es otra cosa más que la delimitación de las materias a las que afecta dicho Reglamento. Quedan fuera de su

²¹ Para los países de Islandia, Noruega y Suiza miembros de la EFTA, el Reglamento Bruselas I-bis tiene aplicación en dichos Estados gracias al Nuevo Convenio de Lugano de 2007 –Convenio de Lugano II-, Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 30 octubre 2007. Ver DOUE L 339 de 21 diciembre 2007. En relación con Dinamarca, en un principio el Reglamento de Bruselas I no se aplicaba en el reino danés, pero por virtud de la firma en 2005 del “Acuerdo entre la Unión Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil”, Dinamarca mostró su conformidad de formar parte del Reglamento. Tras el cambio de Bruselas I a Bruselas I-bis, el Estado Danés mediante carta de 20 de diciembre de 2012, notificó a la Comisión su decisión de aplicar el contenido del Reglamento (UE) no 1215/2012. Ver DOUE núm. 182, de 10 de julio de 2015, pp. 1-1 (1 pág.).

²² RAFAEL ARENAS GARCÍA, “Consencuencias del Brexit para el Derecho Internacional Privado Europeo”, en *Retos para la acción exterior de la Unión Europea*, valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 249-276.

²³ EDUARDO VÉSCOVI, en *Derecho procesal civil internacional*, 2000, Montevideo, Idea, pp. 16-22. DIEGO P. FERNÁNDEZ ARROYO, “Acerca de la necesidad y las posibilidades de una convención interamericana sobre competencia judicial en casos de derecho internacional privado”, en *Liber Amicorum. Homenaje al Profesor Dr. Didier Opertti Badán*, Montevideo, FCU, 2005, pp. 113-155.

²⁴ De acuerdo con la sentencia del Tribunal de justicia de las Comunidades europeas de febrero de 2002, en el caso *Weber*, debe emplearse las reglas de Derecho internacional público para dilucidar qué debe entenderse por territorio de un estado miembro. Además, las instalaciones situadas en o sobre la plataforma continental adyacente a un Estado Miembro debe estimarse situada en el territorio de un estado miembro. Ver STJCE de 27 de febrero de 2002m asunto *Weber*, asunto C-37/00.

esfera de actuación, todas aquellas materias que no sean “civiles o mercantiles”, o que siendo de esa clase, afecten a problemas entre las Administraciones o empresas públicas y que estén actuando bajo el denominado *ius imperii*, por lo que se activaría la inmunidad de jurisdicción; igualmente quedan excluidas aquellas cuestiones civiles o mercantiles que afecten a la capacidad de la persona, aspectos de familia y sucesiones, los conflictos relacionados con la quiebra y otros procesos de insolvencia; los que afecten al arbitraje y los que versen sobre aspectos de la seguridad social, pues tendrán su propio mecanismo de regulación²⁵. El condicionamiento establecido por dicho artículo no impide, sin embargo, que, dentro del ámbito civil, se traten cuestiones derivadas de dichas acciones, como acciones penales del tipo de indemnizaciones por daños y perjuicios – desarrollándose el proceso ante tribunales penales-, tal y como indican las sentencias TJCE de 21 de abril de 1993 (AS. C-172/1991: “Sonntag”); STJUE – Sala tercera- de 22 de octubre de 2015 (AS. C-523/14: “Aertssen/Van Sommeren”)²⁶.

Una posible proyección al ámbito penal de los ámbitos de actuación, sobre la voluntad de los Estados de no invadir la competencia judicial atribuida por el Reglamento a otro Estado²⁷; sería igualmente emplear una serie de esferas de actuación. A saber, una esfera material, es decir, qué materias o delitos quedarían afectadas por una normativa europea sobre competencia judicial; una esfera personal, es decir a quién afectaría la aplicación de esa reglamentación. Podría emplearse un sistema como el que recoge Bruselas I bis, relacionando la materia objeto del reglamento con el destinatario, o bien podría establecerse una metodología que atienda a la calidad del sujeto que comete el acto, es decir, si es preciso o no que el sujeto que cuente con cualificación especial, como cargo, profesión, o por el número de personas que cometan el acto ilícito...etc. Y finalmente un ámbito de aplicación espacial y temporal que haga referencia a los Estados que quedarían afectados por la normativa, y desde cuándo y hasta cuándo.

2.1. Prelación de los foros

El Reglamento Bruselas I-bis, estructura la distribución de la competencia internacional a los tribunales de los diferentes Estados Miembros, en torno a un sistema jerarquizados de escenarios o foros. A primera vista, los jueces de las jurisdicciones nacionales van a conocer los conflictos internacionales por razón de los denominados *foros exclusivos*; y en caso de que éstos no apliquen, se deberá atender a las posibles cláusulas de atribución de la competencia por voluntad de las partes, o en su defecto, se seguirán los calificados como *foros generales* -

²⁵ Así lo indican sentencias como la STJUE – Sala 3- de 11 de abril de 2013 (Asunto C-645/2011: Sapir y otros”); Sentencia TJCE de 15 de mayo de 2003 (Asunto C-266/2011: “TIARD”). SIXTO SÁNCHEZ LORENZO y JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS, en *Derecho Internacional Privado*, 2016, p. 70.

²⁶ *Ídem*.

²⁷ STJCE de 27 de abril de 2004 (As. C-159/2002: “Turner”). SIXTO SÁNCHEZ LORENZO y JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS, en *Derecho Internacional ...*, Op., cit. p. 78.

donde se ubica el domicilio del demandado, y que a *grosso modo* es el foro que más se activa, y los *foros especiales* por razón de la materia.

De esta forma, la estructura gradual de los foros queda desgranada de la siguiente forma:

— El presupuesto general de aplicación de la competencia internacional es el domicilio del demandado, así lo dice el artículo 4 del R 1215/2012, operando de esta forma como un foro general²⁸. El motivo no es otro que dar respuesta a una norma tradicional de Derecho procesal: “actor sequitur fórum rei” –el demandante debe litigar en el foro del demandado-²⁹. Además, nadie como los tribunales donde el demandado tiene su domicilio para poder evaluar y juzgar la situación patrimonial de la persona de cara a afrontar una hipotética condena, al tiempo que garantiza la tutela judicial efectiva de demandado, facilitándole una mejor defensa³⁰. Como ya hemos mencionado, se atiende a un criterio territorial, independientemente de la nacionalidad del demandado. La inclusión de este artículo en el espacio europeo tiene su razón de ser en la equiparación de los nacionales de los países europeos con los extranjeros que, residiendo en cualquier país del marco europeo, participan de su vida y sus actividades -sociales y económicas-. Si bien es un foro que se emplea con carácter habitual y usual, se exceptúa su aplicación ante los denominados foros exclusivos -adquiere naturaleza subsidiaria-. Esto significa que, ante un conflicto internacional que verse sobre una de las materias recogidas en los denominados foros exclusivos, el demandado no puede serlo ante los jueces de su domicilio.

Este criterio de determinación del domicilio podría ser un foro interesante para proyectar en el ámbito penal, y más cuando se dice que las materias tratadas por el R Bruselas I Bis se puedan incluir cuestiones derivadas de dichas acciones, como acciones penales del tipo de indemnizaciones por daños y perjuicios – desarrollándose el proceso ante tribunales penales. El criterio del domicilio en material civil es un foro que garantiza seguridad jurídica a la parte

²⁸ “El domicilio del deudor es universalmente aceptado como atributivo de competencia internacional”. INÉS MÓNICA WEINBERG DE ROCA, en *Competencia internacional y ejecución de sentencias extranjeras*, Buenos Aires, Astrea, 1994, pp. 16-17. Por razones de extensión y objetivo del artículo aceptamos el término del domicilio como criterio atributivo de competencia, dejando de lado el debate doctrinal existente con la idea de la residencia.

²⁹ STJCE de 1 de marzo de 2005 (As. C-281/02: “Owusu”). En este caso, a pesar de que las partes demandas alegaron un foro especial por razón de daños, en caso de haberse aplicado, decaería la aplicación del Reglamento, pues los hechos sucedieron en Jamaica. Se desistió la aplicación del *fórum non conveniens* -en base al principio de seguridad jurídica y de predeterminación y previsibilidad de la competencia judicial internacional, que informan de la interpretación de las reglas del Reglamento-, y se aplicó el criterio general del domicilio del demandado. SIXTO SÁNCHEZ LORENZO y JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS, en *Derecho Internacional ...*, Op., cit., pp.78-79. El Reglamento se aplica de oficio por los tribunales de los Estados parte con independencia de la actitud de las partes, siempre, claro es, que el supuesto quede cubierto por el ámbito de aplicación del texto legal. Si éste es aplicable, el juez no puede fundar o declinar la competencia sobre la base y fundamento de las normas de producción interna del Estado al que pertenece. Sirve de ejemplo el caso presentado de Owusu. Los jueces anglosajones no pudieron declinar su competencia bajo el mecanismo del *fórum non conveniens*, para inaplicar los foros de competencia. ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA y JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, en *Derecho Internacional...*, Op. cit., p. 89. VÍCTOR PÉREZ VARGAS, “Los inconvenientes del Forum non Conveniens”, en *Revista académica de la Universidad de Costa Rica*, 2003, p. 64 y ss.

³⁰ En relación con el criterio del domicilio, se han planteado dificultades en el seno de la UE, pues hay lagunas conceptuales a nivel comunitario. Sobre qué debe entenderse por domicilio, el R 1215/2012, trata de dilucidar esta falta de concreción, diciendo que para las personas físicas se aplicará su ley interna. De tal forma que, en el caso español, y debido a la indefinición que existe en la Ley orgánica del Poder judicial y en la Ley de enjuiciamiento civil, habrá que estar a lo regulado de forma general en la normativa civil: los artículos 40 y 41 del Código Civil. En relación con las personas jurídicas, el Reglamento 1215/2012 establece que una sociedad o cualquier otra persona jurídica estará domiciliada allí donde radica la sede estatutaria, la administración central o el centro de actividad principal. MÓNICA GUZMÁN ZAPATER y MÓNICA HERRANZ BALLESTEROS, “La competencia judicial en el reglamento...”, Op. cit. pp. 4-5.

demandada, pues le permite acudir a una justicia que conoce, e igualmente es un foro que permite a la víctima ejercitar sus acciones. Lógicamente este criterio no es plenamente extrapolable al ámbito penal, en el que no podemos hablar de parte demandada ni se pueden aplicar criterios dispositivos. Pero sí que pueden asimilarse ciertos factores como el domicilio o la residencia habitual de la víctima o incluso del agresor a la hora de determinar la jurisdicción competente. De hecho, el uso de la residencia como criterio para la asignación de jurisdicción no es desconocido para el derecho penal internacional³¹, como tampoco lo es el domicilio a la hora de asignar la competencia territorial interna de jueces y tribunales respecto de determinadas conductas delictivas, tal y como sucede en España en relación la utilización del domicilio de la víctima como criterio para asignar la competencia territorial respecto a delitos cuyo conocimiento corresponde a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer³².

— Es así, por tanto, se ha de atender a lo que dispongan dichos foros exclusivos. Casualmente estos foros, atribuyen la competencia a los jueces que tienen una mayor cercanía geográfica con el caso. Son foros que atienden a materias conflictuales donde concurre un interés público dominante, por ello que el legislador trate de someter el litigio a ciertas jurisdicciones nacionales. Las materias a las que afecta se recogen en el artículo 24 del Reglamento Bruselas I-bis: A) para los derechos reales inmobiliarios y arrendamientos de bienes inmuebles, conocerán del caso los jueces del Estado miembro donde se localice el inmueble; B) para los casos sobre validez, nulidad o disolución de sociedades y personas jurídicas, tendrán competencia para conocer el caso los jueces donde la sociedad o persona jurídica tenga el domicilio; C) En los asuntos referidos a validez y nulidad de inscripciones registrales, los tribunales competentes serán aquellos donde se localice el registro; D) para aquellas materias que se refieran a inscripciones en asuntos de propiedad intelectual e industrial, los jueces competentes serán aquellos donde se haya realizado el depósito o registro³³; E) En aquellos casos que se trate de la ejecución de una resolución judicial internacional, los tribunales competentes serán aquellos del Estado Miembro del lugar donde se debe ejecutar lo juzgado.

La forma de proyectar esta solución de Derecho Internacional Privado a la esfera penal, podría hacerse perfectamente como indicamos al comienzo del texto, es decir, establecer una serie de foros exclusivos donde la competencia se atribuya a aquellos tribunales que, por motivo de existencia de un interés público dominante³⁴, traten de resolver el litigio en sus jurisdicciones nacionales, y que casualmente responde a un principio básico de proximidad, atribuyendo la

³¹ Vid. Art. 10 Convenio del Consejo de Europa sobre la falsificación de productos médicos y delitos similares que supongan una amenaza para la salud pública, hecho en Moscú el 28 de octubre de 2011.

³² Vid. Art. 15 bis Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por RD de 14 de septiembre de 1882. "BOE" núm. 260, de 17/09/1882.

³³ En materia de propiedad intelectual e industrial, hay que estar también a lo que indique el Derecho comunitario derivado, que por extensión del trabajo no vamos a entrar en ello. Únicamente hay que señalar que, en caso de que la normativa tuviera cláusulas sobre competencia judicial internacional, habría que estar a lo que indique, pues el principio de especialidad da prioridad por encima de lo que indique el Reglamento Bruselas I-bis. Ibidem, 4.

³⁴ El interés público es la justificación de habilitaciones constitucionales interventoras expresas, así como límite y garantía de derechos individuales y colectivos. No obstante, a pesar de compartir el carácter de indeterminado, no es un concepto equivalente a los de seguridad nacional o de paz pública, aun cuando ambos sean de interés público y también operen como conceptos restrictivos de derechos individuales. CARLA LA HUERTA OCHOA, en *Diario Oficial de la Federación*, enero de 2005.

competencia a las autoridades más próximas a la situación jurídica objeto de la regulación³⁵. Quizás este foro -en cierta forma como sucede en el campo privado-, podría ser el que primase en una hipotética armonización de criterios en el ámbito penal, ya que es el foro que más se asimila al principio de territorialidad por el que siguen abogando los Estados. Los propios tribunales alemanes han acudido a patrones civiles de competencia internacional, en casos por ejemplo de ciberdelincuencia³⁶. En un primer momento se atendió al lugar de la sede de la empresa que publicaba en internet, e igualmente a la cercanía y proximidad con los hechos que ocurrieron.

— A continuación, cuando no se activen los foros exclusivos hemos dicho que con carácter general se aplica el domicilio del demandado. Pues bien, en estos casos y antes de activar dicho foro o plaza, al demandante se le presentan un abanico de foros, a los que se les califica de facultativos, alternativos, especiales o “de ataque”, debido a que permiten al demandante - si le conviene- activar la competencia en un tribunal distinto del domicilio del demandado³⁷. Como indican Virgós Soriano y Garcimartín Alférez “solo atribuye competencia para determinadas demandas debido al objeto material del litigio y su vinculación con el foro”³⁸. Estos foros no actúan como una excepción al foro general, sino que aumentan las posibilidades de defensa de la parte actora, pues el legislador ha tratado de atribuir la competencia a aquellos jueces que tengan mayor proximidad con el caso, bien por razón de localización, bien por razón de las materias que recoge el Reglamento. De esta forma, aquellos asuntos que el legislador ha incluido dentro de los foros especiales son los que siguen a continuación: Materia de contratos³⁹. De forma general, los contratos será competencia de aquellos tribunales donde la obligación que sirve de base a la demanda se haya o tenga que cumplirse. Para saber que cuestiones tienen cabida bajo esta modalidad contractual, el Tribunal de Justicia se ha pronunciado en el período en que esta cláusula estaba integrada en el Convenio de Bruselas de 1968 -primera norma sobre competencia judicial civil internacional-⁴⁰. En relación con la acumulación de pretensiones, es decir, la acumulación de demandas que tengan una

³⁵ DÁMASO FCO. JAVIER VICENTE BLANCO, “La protección de los adultos en el derecho internacional privado codificado por la conferencia de La Haya: el convenio de 13 de enero de 2000 y sus soluciones”, *Ancianidad, derechos humanos y calidad de vida, Oñati Socio-Legal Series*, v. 1, n. 8, 2011, p. 11. PAUL LAGARDE, “Le principe de proximité en droit international privé”, *RCADI*, 196, 1986, 9-238.

³⁶ Los hechos ocurrieron en 2010 por parte de un ciudadano alemán contra el New York Times. DESIREE JAEGER-FINE, [et.al.], “Internet Jurisdiction: A Survey of German Scholarship and Cases”, *Fordham Center on Law and Information Policy*, 2013, Working Paper 2309575. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2309575>, pp. 7-9.

³⁷ SONIA RODRIGUEZ JIMENEZ, en *Competencia judicial civil internacional*, UNAM, 2016, p. 105.

³⁸ MIGUEL VIRGÓS SORIANO y FRANCISCO J. GARCIMARTÍN ALFERÉZ, en *Derecho procesal civil...*, Op., cit., p. 101.

³⁹ ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA y JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, en *Derecho Internacional...*, Op, cit., p. 110 y ss.

⁴⁰ Sobre qué se entiende por materia contractual, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, ha dejado claro que “deben excluirse del ámbito de aplicación (...) las resoluciones dictadas en litigios entablados entre autoridades públicas y particulares, en los que la autoridad pública haya actuado en ejercicio del poder público”. STJCE, DE 14 DE OCTUBRE DE 1976, asunto 29/76 *Eurocontrol*, considerando 5. Tampoco, si el demandante y la parte demandada no se encuentran directamente vinculados por un contrato, no parece adecuado hacer operativo este foro. STJCE de 4 de marzo de 1982, asunto 38/81, *Effer c. Kantner*. De la misma forma, Ciertos contratos pueden suscitar dudas sobre su inclusión en el concepto de “contrato de compraventa de mercaderías” propio y autónomo del Reglamento Bruselas I -bis en su art. 7.1.b) guion primero. En este sentido, debe recordarse que la distinción entre “contrato de compraventa” y “contrato de prestación de servicios” ha resultado ser engañosamente fácil o, como han destacado A. NUYS, S. ALTMAYER y A. DE FRANCESCHI, una trampa conceptual algo simplista tendida por el Derecho europeo a juristas nacionales de los Estados miembros. ISABEL LORENTE MARTÍNEZ, “Compraventas especiales excluidas del foro especial por razón de la materia del artículo 7.1 b) del Reglamento I bis”, en *InDret*, num.3, 2019, p. 19.

vinculación estrecha ante un solo juez, se hace un esfuerzo por racionalidad el proceso, de tal forma que podrá presentarse la demanda ante el tribunal del domicilio de cualquiera de los demandados, o en materia de derechos reales inmobiliarios, el lugar donde se sitúe el bien; o en el caso de que se prevea la intervención de terceros en el proceso, conocerá el juez del litigio principal. Para los casos en que haya contratos con consumidores, asegurados o con trabajadores, el Reglamento considera a la parte “consumidora” o “trabajadora” como la parte débil de la relación contractual, de tal forma que lo compensa con el derecho de opción cuando su parte en el proceso se la de actora, permitiéndole presentar la demanda ante los tribunales de su domicilio o los del domicilio del demandado. Otro de los beneficios que otorga el reglamento, es la invalidez de cualquier pacto que se haya celebrado con anterioridad a la presentación de la demanda, de tal suerte que sólo pueden prosperar aquellos que se celebren con posterioridad a la demanda. Esto impide que la “parte fuerte” de la contratación imponga a la parte débil de la relación la asignación de los tribunales conforme a sus intereses. Cuando se trate de materias relacionadas con daños, será competente para conocer del caso, el tribunal donde se hubiera producido pudiera producirse el daño. Para aquellas situaciones en que haya una explotación de sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento, será competente el juez donde se ubiquen dichos locales⁴¹.

Con todo, estos foros alternativos o especiales presentan ciertos obstáculos. Uno de ellos puede ser que, ya que su asignación depende del actor del proceso, éste debe resolver el dilema de ante qué tribunal es más conveniente interponer la demanda, y que ineludiblemente traerá consecuencias en cuanto a la ley aplicable al caso; este obstáculo está intrínsecamente vinculado con el que hace referencia a que al poder decidir a qué foro acudir, la parte demandante querrá acudir al que más le convenga; y en último término esto también afecta a que las partes puedan llegar a un acuerdo amistoso entre ellas⁴².

En aquellos casos en que se presente una pluralidad de partes ante un conflicto internacional, el Reglamento prevé que se pueda demandar a varios actores ante un mismo tribunal – litisconsorcio pasivo-. Esta situación se da por razones de economía procesal, pero siempre que entre las demandas exista un vínculo estrecho. Podrá demandarse ante el juez de cualquiera de los domicilios de los demandados⁴³. Para aquellas situaciones en que exista una pluralidad de pretensiones, por ejemplo, los casos de responsabilidad civil derivado del ilícito, será competente para conocer el juez que conozca del litigio principal; o para aquellos casos en que se concentre la acción personal con la jurídico-real, será competente el juez donde

⁴¹ En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal de justicia se ha referido a que la sede debe tener vinculación con la actividad principal a desarrollar, es decir, se estaría refiriendo a la sede matriz o sede principal de la agencia. STJCE de 22 de noviembre de 1978, asunto 33/78, Somafer.

⁴² Desemboca en lo que se conoce como “fórum Shopping”. MIGUEL CHECA MARTÍNEZ, “fundamentos y límites del fórum shopping: modelos europeo y angloamericano”, en *Revista de Direito Internazionale Privato e Procesuale*, num.3, 1998, pp. 521-522. SONIA RODRIGUEZ JIMENEZ, en *Competencia judicial civil...*, Op., cit., pág. 160.

⁴³ También puede darse el caso de que exista un litisconsorcio pasivo necesario, por venir requerido por las normas materiales de un ordenamiento -por ejemplo, el artículo 1139 del Código Civil español impone la obligación de demandar conjuntamente a todos los deudores cuando la deuda es indivisible-. El reglamento establece que será la *lex fori* del tribunal ante el que se interpone la demanda, el que decidirá en torno a su admisibilidad. El momento para apreciarlo será bien el de la interposición de la demanda, bien un momento posterior cuando de un demandado se amplía a los demás. MÓNICA GUZMÁN ZAPATER y MÓNICA HERRANZ BALLESTEROS, “La competencia judicial en el reglamento...”, Op., cit., pp.14

radique el inmueble. Pero en ambos casos, la remisión a la *lex fori* – o la ley del tribunal que será competente para conocer del caso-, será decisiva para ver su viabilidad.

En la esfera penal, estos foros especiales podrán también ser considerados “foros de ataque”, en el sentido de atribuir al demandante la posibilidad de acudir a otro tribunal diferente al del criterio del domicilio. Además, son foros con una doble combinación, presentan una vinculación con la esfera material de la normativa, es decir, tiene que afectar a las materias o actos ilícitos que queden regulados por el reglamento; y presentan una vinculación con el territorio más allá del foro general. Quizás este foro podría diseñarse para materias de violencia de género o delitos conexos.

— Cuarto lugar, se ha de hacer referencia a lo que disponen las partes en relación con la asignación de la competencia. En Derecho Internacional Privado, la autonomía de las partes juega un papel muy relevante -sobre todo en la esfera contractual-, y, por tanto, su repercusión en la prelación de los foros puede tener cierto alcance, pues lo que determinen las partes se transformará en un foro exclusivo. De esta forma, la atribución de la competencia puede hacerse por medio de lo que elijan las partes. De un lado, las partes pueden establecer cláusulas o acuerdos por el que se elija uno u otro foro de competencia, a lo que se denomina, foro de sumisión expresa. Una vez el juez reciba la demanda, comprobará el acuerdo de elección del foro de competencia para dilucidar que el consentimiento se ha producido de forma efectiva⁴⁴. La forma de celebración del acuerdo entre las partes debe revestir las siguientes apreciaciones de acuerdo con el art-25 del Reglamento Bruselas I-bis: A) de forma escrita o verbal, pero en este último caso debe existir una confirmación escrita; B) de forma ajustada a los hábitos de las partes. Los vínculos comerciales entre las partes pueden generar ciertos hábitos que no pueden desconocerse. Así en TJCE en jurisprudencia reiterada, ha dictaminado que se puede determinar el foro de acuerdo con las prácticas habituales consolidadas entre las partes⁴⁵; y C) Conforme a los usos del comercio internacional. El juez debe verificar que existe una práctica regular y generalizada y si es observada en contratos análogos desde una óptica material y geográfica⁴⁶. Con todo, este foro de sumisión expresa no puede activarse por las partes a favor de un juez que se sitúe en un país miembro de la UE, cuando aquellas tienen su domicilio en un tercer estado; al tiempo que tampoco serán válidos los acuerdos que otorguen la competencia a un juez situado en un tercer estado fuera de la Unión Europea⁴⁷. Tampoco valdrán -como ya hemos reseñado- los acuerdos en materia de contratos de seguros, consumidores y trabajadores celebrados con anterioridad al nacimiento del conflicto; ni tampoco, aquellos acuerdos que afecten a las materias objeto de los foros propiamente exclusivos. De otro lado, se localiza la calificada como sumisión tácita, donde, la forma de

⁴⁴ Existe jurisprudencia al respecto. STJCE de 14 de diciembre de 1976, asunto 25/76, *Galeries Segoura SPRL c. Rahim Bonakdarian*.

⁴⁵ STJCE de 19 de julio de 1984, asunto 71/83, *Partenreederei ms. Tilly Russ y Ernest Russ c. NV Haven- & Vervoerbedrijf Nova y NV Goeminne Hout*.

⁴⁶ En este sentido, se sigue lo que ha dictaminado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en particular en la STJCE de 10 de febrero de 1997, asunto 106/95, *Mainschiffahrts-Genossenschaft -MSG-/ Las Gravi+ers Rhénanes -SARL-*. MÓNICA GUZMÁN ZAPATER y MÓNICA HERRANZ BALLESTEROS, “La competencia judicial en el reglamento...”, Op., cit., p. 20.

⁴⁷ STJCE de 9 de noviembre del 2000, asunto 387/98, *Coreck Maritime GMBH Handelsveem BV y otros*.

comportarse de las partes, mediante determinados actos procesales, permite suponer el consentimiento de someter sus conflictos a la competencia de un tribunal diferente del domicilio del demandado, diferente de cualquiera de los foros especiales, o inclusive, diferente del tribunal elegido por sumisión expresa; transforma ese foro escogido de forma táctica en un foro exclusivo⁴⁸. Quizás este último foro es el que más dificultad presenta a la hora de hacer una posible proyección al área penal, pues el concepto de autonomía de la voluntad es un término normalmente reservado al área de Derecho privado. Habría que atender a la propia idea y concepto de voluntad de las partes y no tanto a la materia que trate, pues los bienes civiles difieren de los penales, pero desde ya conocemos que hay límites jurídicos al entorno en el que está permitido dar un consentimiento vinculante⁴⁹. Muchas actuaciones quedan vedadas aún a pesar de existir un consentimiento por las partes, por sus consecuencias irreversibles. Todo orden jurídico tutela y protege ciertos bienes jurídicos (por ejemplo, la salud, la seguridad, el conocimiento intelectual...etc), no pudiendo permanecer impune ante la destrucción o lesión de tales bienes⁵⁰. Además, como sabemos, en el campo penal, todo esto se aplica no solo en la esfera de la persona individual, también a la sociedad en su conjunto, es decir, para los grupos sociales, para las asociaciones y colectivos, tampoco quedan fuera del límite de la autonomía de la voluntad aquellas decisiones que puedan tener consecuencias perjudiciales para otras personas (ya sean un individuo particular u otro colectivo). De esta forma, y aunque entendamos la libertad como un derecho genérico de poder hacer lo que uno quiere y consentir o “dejar hacer algo que en principio uno tenga motivos para no dejar hacer”, existen ciertos límites al ejercicio de este Derecho, en favor de ciertos bienes a cuyo servicio se encuentra, por ejemplo, la igualdad, la salud o la⁵¹. Con todo, no está demás que la solución del foro de Derecho Internacional Privado sobre la voluntad de las partes pueda proyectarse para determinados tipos de actos. Este principio debería actuar no como una idea vaga o metafórica sobre lo que una persona puede o no hacer, ya que de base es un principio que encuentra una gran dificultad en su formulación. Debería actuar no como un principio abstracto y universalizable, sino que esté al servicio del amparo y la tutela de aquellos bienes materiales que puedan entrar en conflicto. Ya hemos hablado que cada día se sucede más el elemento extraterritorial a la hora de cometer actos ilícitos, pensemos en actuaciones como el suicidio o el aborto.

⁴⁸ Este último aspecto ha sido el más polémico ante la falta de acuerdo entre la doctrina si bien, el TJCE se ha manifestado al respecto. Así de la STJCE de 3/7/2000, asunto 412/98, *Group Josi*, considerandos 44 y 45; se deduce que el artículo 26 puede aplicarse cuando las partes optan por someterse tácitamente al tribunal de un Estado miembro con independencia del lugar donde esté situado su domicilio. Por tanto, son dos las consecuencias que se derivan: primero, no es necesario que se cumpla el presupuesto general de aplicación -domicilio del demandado en un Estado miembro- para analizar la validez de la sumisión tácita conforme a la norma comunitaria; y, además, el artículo 26 sirve como foro de competencia elegido por el demandante una vez el demandado no lo haya impugnado cualquiera que sea el domicilio de las partes.

⁴⁹ LORENZO PEÑA y TXETXU AUSTIN, “El principio de Autonomía y los límites del consentimiento, *Actas del III congreso de la Sociedad Española de Filosofía Analítica*, 2001, pp. 249-255.

⁵⁰ Ídem.

⁵¹ Ídem.

2.2. Obstáculos que versan sobre la atribución de competencia

A la hora de que la atribución de la competencia para conocer de un conflicto con elemento de extranjería se realice de forma correcta, es preciso tener en cuenta que se pueden suceder dos problemas:

a) Comprobación de la atribución

Esta situación hace referencia a la verificación que ha de hacer el tribunal ante el que se presenta el caso, para decidir si es o no competente para enjuiciarlo. El Reglamento trata de aportar luz a esta cuestión en los artículos 27 y 28 de dicho texto. El primero de los artículos establece una regla especial por la que el Juez tiene el deber de apreciar de oficio su competencia para aquellos casos en que se active un foro de competencia exclusiva. Si apreciase que el otro juez es exclusivamente competente, debe declararse incompetente en favor de aquel. En el segundo caso –artículo 28–, si el demandado lo ha sido en un Estado parte diferente de donde está domiciliado, porque la demanda se ha interpuesto siguiendo cualquiera de los foros especiales, y no comparece; en estos casos, en primer lugar, el tribunal debe suspender el proceso con la finalidad de averiguar si el demandado ha sido notificado⁵². Su finalidad no es otra que la de evitar un posible juicio en rebeldía de la persona demandada, de forma que, esta disposición se vincula con el Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva⁵³. Si finalmente el demandado permanece sin comparecer, el juez, a través de las reglas del R 1251/2012 y de oficio, verificará si es competente o no para conocer el caso; pero si el demandado compareciese, el juez no tendría que verificar nada, pues se acciona la competencia por sumisión voluntaria.

Finalmente, y fuera de estas situaciones, determinar si un tribunal es competente o no para conocer el caso, sólo cabe a instancia de parte⁵⁴.

⁵² Inclusive cuando sea de aplicación, se estará a lo dispuesto en el artículo 19 del Reglamento (CE) no1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (notificación y traslado de documentos). Cuando no sea aplicable el Reglamento (CE) no1393/2007, se aplicará el artículo 15 del Convenio de La Haya, de 15 de noviembre de 1965, relativo a la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial.

⁵³ MÓNICA GUZMÁN ZAPATER y MÓNICA HERRANZ BALLESTEROS, “La competencia judicial en el reglamento...”, Op., cit., p. 23.

⁵⁴ Una solución criticable, sobre todo en materia de los foros de protección en materias de seguros y de ciertos contratos concluidos por consumidores, ya que su vulneración entraña, uno de los motivos de no reconocimiento. *Ídem*.

b) Excepciones de litispendencia y conexidad

La justificación de las dos excepciones reside en que sobre un mismo conflicto internacional se den soluciones contradictorias entre sí, debido al conglomerado de jurisdicciones hipotéticamente competentes, y a su vez sus correspondientes sistemas jurídicos⁵⁵:

— Excepción de litispendencia: Puede manifestarse en aquellos conflictos en los que cada una de las partes plantee la demanda ante tribunales nacionales distintos. Presentándose una identidad del objeto – la finalidad del proceso-, de la causa -los hechos y reglas aplicables-, y las partes, el artículo 29 del Reglamento, establece que el juez que ha recibido la segunda demanda debe suspender de oficio el proceso hasta que el juez que la recibió en primer lugar se declare o no competente. Si el primer juez, finalmente se declara competente, el segundo debe declinar competencia en favor de aquel⁵⁶.

— Excepción de conexidad: Aquí hay un problema similar al anterior, es decir, dos tribunales hipotéticamente competentes para enjuiciar dos casos internacionales con conexiones intrínsecas entre sí⁵⁷. Para que se de esta excepción, en primer lugar, las demandas deben tener una conexión tan estrecha, que se permita tramitarlas y enjuiciarlas como una sola y al mismo tiempo; en segundo lugar, que el tribunal ante el que se presentó la demanda posterior se inhiba favor del tribunal donde se presentó la primera demanda. Se puede inhibir a instancia de oficio o de parte, pero la demanda tiene que estar pendiente en primera instancia; y, en tercer lugar, que el juez que conoció del asunto el primero, sea competente y que su derecho nacional faculte la acumulación de demandas⁵⁸.

⁵⁵ Las normas de litispendencia y conexidad tienen por objeto evitar la existencia de sentencias contradictorias entre los tribunales de los distintos Estados miembros que tengan el mismo objeto y se refieran a las mismas partes. Precisamente estos mecanismos son un elemento central de un sistema multinacional con normas de derecho internacional privado armonizadas al regular la coordinación de varios procedimientos paralelos. Su fin es evitar resoluciones judiciales contradictorias en el momento más temprano posible para ahorrar dinero, recursos y tiempo tanto a las partes como a los tribunales implicados y, en resumen, garantizar una buena administración de justicia y el acceso a la misma protegida por el artículo 6 (1) de CEDH y las leyes fundamentales de los Estados miembros de la Unión Europea. JULIA SUDEROW, "nuevas normas de litispendencia y conexidad para Europa: ¿el ocaso del torpedo italiano? ¿flexibilidad versus previsibilidad?", en *Cuadernos de Derecho Transnacional* Vol. 5, N.º 1, marzo 2013, pp. 184-198, en especial p. 187.

⁵⁶ En relación con esta excepción de litispendencia pueden darse dos situaciones. En la primera, la posición procesal de las partes es la misma en ambos procesos; es decir el demandante lo es tanto ante la jurisdicción A como en la jurisdicción B. En este caso, de prosperar la excepción de litispendencia, se evita el riesgo de que ambas jurisdicciones nacionales, entendiendo sobre un mismo litigio, puedan dictar sentencias materialmente contradictorias. Es imaginable una segunda situación, en la que cambian las posiciones procesales de las partes. Es decir, el Sr. Y es demandado por el Sr. X en A y como respuesta el Sr. Y interpone una demanda contra el Sr. X ante los tribunales de B. En esta hipótesis la excepción de litispendencia protege a la parte demandante inicial con la finalidad de impedir comportamientos abusivos que, por lo demás, pueden generar sentencias materialmente contradictorias. MÓNICA GUZMÁN ZAPATER y MÓNICA HERRANZ BALLESTEROS, "La competencia judicial en el reglamento...", Op., cit., p. 24.

⁵⁷ A la noción de conexidad también nos hemos referido cuando hemos hablado de pluralidad de demandados. Sin embargo, la diferencia entre ambos supuestos radica en que en el primero de las situaciones -pluralidad de demandados- sirve para justificar un foro de competencia internacional; mientras que en este caso -excepción de conexidad-, sirve para lo contrario, es decir, eliminar la competencia a uno de los dos jueces hipotéticamente competentes.

⁵⁸ MÓNICA GUZMÁN ZAPATER y MÓNICA HERRANZ BALLESTEROS, "La competencia judicial en el reglamento...", Op. cit., p. 24 y ss.

3. Los Conflictos de Jurisdicción penal entre Estados miembros de la Unión Europea

3.1. Antecedentes y fundamento

A diferencia de lo que sucede con las normas aplicables en el ámbito del derecho internacional privado, la aproximación y armonización de ordenamientos internos en el ámbito del derecho penal —en sus vertientes sustantiva y procesal— resulta un proceso mucho más lento y complejo debido a las históricas reticencias de los Estados a ceder su soberanía en un ámbito considerado especialmente sensible. Los enormes avances jurídico-políticos alcanzados a lo largo del proceso de integración europea y la consiguiente consolidación de las cuatro libertades fundamentales de circulación a través del territorio de los Estados miembros, desembocaron en la creación y desarrollo de un Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia. Espacio en el que la libre movilidad de personas, facilitada por la gradual supresión de controles fronterizos gracias a la integración del acervo Schengen en el Derecho de la Unión⁵⁹, constituye uno de sus ejes principales.

El desarrollo de ambas vertientes del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia —seguridad y libertades—, si bien ha conseguido concienciar a los Estados miembros de la necesidad de avanzar en la aproximación y armonización del derecho penal sustantivo y procesal, no ha logrado aún delimitar un ejercicio homogéneo del *ius puniendi* por parte de los Estados miembros, ni instaurar una jurisdicción penal europea autónoma y aplicable, de manera general y uniforme, a cualquier hecho punible cometido a lo largo y ancho del extenso territorio que comprende hoy la Unión.

En este contexto, la atribución de la jurisdicción penal continúa siendo una competencia exclusiva reservada a los Estados miembros, por lo que éstos tienen libertad para determinar y establecer los límites de su ejercicio. Por lo tanto, a pesar de que habitamos un espacio libre en el que se garantiza la libre circulación de personas, persisten más de veintisiete sistemas penales diferentes, contando cada uno de ellos con su propia jurisdicción y sus propias leyes procesales y sustantivas de aplicación. Ello posibilita que, ante unos hechos criminales concretos con dimensión transnacional, las jurisdicciones penales de varios Estados miembros puedan resultar válida y simultáneamente competentes para su persecución, lo que conduce a una situación de concurrencia de jurisdicciones que puede desembocar en un conflicto, con importantes consecuencias jurídicas para todas las partes implicadas. A esta situación problemática concreta, en la que dos o más Estados miembros resultan simultáneamente competentes para investigar y enjuiciar unos mismos hechos delictivos cometidos por una misma persona, es lo que conocemos como conflicto de jurisdicción penal⁶⁰.

⁵⁹ Protocolo n.º 19 anejo al Tratado de Ámsterdam sobre el acervo de Schengen integrado en el marco de la Unión Europea (DO C 2002 de 7 de junio de 2016).

⁶⁰ En puridad, en este trabajo estamos haciendo referencia solo a los llamados conflictos “positivos” de jurisdicción penal, excluyendo tácticamente a los denominados conflictos “negativos” de jurisdicción, identificables con aquellas otras situaciones en las que dos o más Estados rechazan su propia competencia para la investigación o enjuiciamiento de unos hechos por no encontrarla suficientemente vinculada a su jurisdicción. Consideramos que la importancia de esta última problemática es comparativamente menor debido a la proliferación de criterios de

3.2. Base legal en el Derecho originario

Como venimos señalando, la prevención de los conflictos de jurisdicción penal no encontró un reconocimiento expreso en el derecho originario de la Unión sino a partir de la creación del ELSJ y la extensión del espacio Schengen. Será el TUE, en su redacción tras el Tratado de Ámsterdam, el que incluya por primera vez la prevención de los conflictos de jurisdicción entre los Estados miembros de la UE en el ámbito de acción común en cooperación judicial en materia penal⁶¹. Tras el Tratado de Niza, esta previsión se amplió para incluir y reconocer el papel de la por aquel entonces recién creada Eurojust en la asistencia a la cooperación judicial en materia penal entre Estados miembros –art. 31.1 d) y 31.2 TUE–. Estos preceptos sirvieron como base legal para la adopción de toda la normativa de derecho derivado sobre esta materia: la Decisión Marco 2009/948/JAI y los poderes reconocidos a Eurojust por su anterior Decisión⁶², actualmente sustituida por el Reglamento (UE) 2018/1727⁶³.

Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, y gracias a la supresión de la estructura de pilares, la prevención y resolución de conflictos de jurisdicción ha adquirido una mayor relevancia en los Tratados. Aunque no hay una referencia expresa en el actual TUE en relación con esta materia, ni tampoco se menciona específicamente dentro de las competencias de la UE, ni exclusivas ni compartidas, reconocidas por el TFUE, sí que puede considerarse una materia derivada de la competencia compartida en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia reconocida en el art. 4.2 TFUE. Dicho lo anterior, la regulación específica de esta cuestión se encuentra recogida, por partida doble, en el Capítulo IV del Título V TFUE. En primer lugar, el art. 82.1 b) TFUE exhorta a la Unión a adoptar⁶⁴, por medio del procedimiento legislativo ordinario, medidas tendentes a prevenir y resolver los conflictos de jurisdicción penal entre los Estados miembros. Estamos ante un precepto que reafirma la desaparición de la estructura de pilares y la consecuente extensión a este ámbito del procedimiento de adopción de actos legislativos por votación por mayoría cualificada –si bien es cierto que con ciertas reservas–⁶⁵, permitiendo la adopción tanto de reglamentos como de directivas sobre esta materia.

atribución de la competencia tanto a nivel nacional como internacional. Para un estudio en profundidad de esta distinción y sus implicaciones, *vid.* CAEIRO, Pedro, “Jurisdiction in criminal matters in the EU: negative and positive conflicts, and beyond”, en *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV)*, Vol. 93, n.º 4, 2010, pp. 371-373.

⁶¹ Art. 31 d) TUE: “La acción común sobre cooperación judicial en materia penal incluirá la prevención de conflictos de jurisdicción entre los Estados miembros”.

⁶² Decisión 2002/187/JAI (DO C 331 E de 31 de diciembre de 2002), conforme a su redacción consolidada tras las reformas operadas por la Decisión 2003/659/JAI (DO L 245 de 29 de septiembre de 2003) y, especialmente, por la Decisión 2009/426/JAI (DO L 138, de 4 de junio de 2009).

⁶³ Reglamento (UE) 2018/1727 sobre la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Judicial Penal (Eurojust) (DO L 295, de 21 de noviembre de 2018).

⁶⁴ En este sentido, MARTIN WASMEIER, “The legal basis for preventing and resolving conflicts of criminal jurisdiction in the TFEU”, en KATALIN LIGETI [et al.], *Preventing and resolving conflicts of jurisdiction in EU criminal law: An European Law Institute Instrument*, Oxford, Oxford University Press, 2018, p. 102.

⁶⁵ Manifestadas principalmente a través de la preexistencia de procedimientos legislativos especiales que requieren unanimidad (art. 86 y 87.3 TFUE) y mediante las excepciones reconocidas por las llamadas cláusulas “freno de emergencia” (art. 82.3 y 83.3 TFUE) y “acelerador” (art. 82.3, 83.3, 86.1 y 87.3 TFUE). Si bien es verdad que hasta la fecha nunca se ha llegado a invocar una cláusula “de freno” por parte de ningún Estado miembro, sí que se ha utilizado una cláusula “acelerador” como medio para avanzar en la integración, por ejemplo, para el establecimiento de la Fiscalía Europea, que ha tenido que materializarse a través de una cooperación reforzada ante la ausencia de unanimidad.

En segundo lugar, y en relación con las competencias reconocidas a Eurojust, el art. 85.1 c) TFUE permite la aprobación de reglamentos que fijen y amplíen las competencias de la Agencia, entre las que puede incluirse la intensificación de la cooperación judicial mediante la resolución de conflictos de jurisdicción. A través de una lectura estrictamente literal de este precepto, creemos que el legislador europeo abrió la puerta a una posible y futura asunción por parte de Eurojust de poderes decisorios y vinculantes para la resolución de conflictos de jurisdicción penal entre Estados miembros⁶⁶.

En efecto, contamos actualmente en el derecho originario con dos preceptos diferentes y aún no plenamente utilizados por el legislador europeo que permitirían adoptar una nueva normativa de derecho derivado sobre esta materia. No obstante, La redacción del Tratado no aclara en ningún momento la relación que existe entre ambos preceptos, por lo que resultaría conveniente determinar previamente si las facultades reconocidas en los art. 82. 1 b) y 85.1 c) TFUE los convierte en preceptos excluyentes, complementarios o concurrentes antes de abordar cualquier reforma integral del sistema actual.

Además de las provisiones expresamente contempladas en los Tratados, debemos considerar también como fuentes de derecho originario aplicables a esta problemática, especialmente en lo que concierne a las garantías procesales de investigados y acusados, tanto el CAAS –arts. 54 a 58– como la CDFUE, pues la propia redacción del TUE reconoce a ambos textos el mismo valor jurídico que a los Tratados⁶⁷.

3.3. Principios y criterios de atribución de la jurisdicción penal

a) La diversidad nacional de principios de atribución de la jurisdicción

Como venimos apuntando, el ejercicio de la jurisdicción penal y del *ius puniendi* son consideradas expresiones directas de la soberanía estatal. Es por lo tanto cada ordenamiento jurídico nacional el que instaura, de manera unilateral y en numerosas ocasiones excluyente, cuáles son sus propios criterios de atribución de la jurisdicción. Como consecuencia, los Estados utilizan frecuentemente unos criterios de atribución de la jurisdicción penal similares que les garantiza, por un lado, contar con la máxima legitimación y aceptación posible por parte del resto de Estados, mientras que, al mismo tiempo, se aseguran la efectiva aplicación

⁶⁶ ALEJANDRO HERNÁNDEZ LÓPEZ, “Garantías procesales en la prevención y resolución de conflictos de jurisdicción penal: marco normativo en la UE y perspectivas de futuro”, en CORAL ARANGÜENA FANEGO [et al.], *Garantías procesales de investigados y acusados. Situación actual en el ámbito de la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 468-470.

⁶⁷ Si bien con base en disposiciones diferentes. La consideración del CAAS como parte del derecho primario se debe entender realizada desde su inclusión en el Derecho de la UE a través del Protocolo n.º 7 anejo al Tratado de Ámsterdam, lo que permite considerarlo parte integrante del Tratado ya no solo con base en la aplicación del derecho internacional de los Tratados, sino a la propia declaración que el art. 51 TUE realiza en este sentido. En el caso de la CDFUE, ya se ha mencionado previamente que el estatus de derecho originario ha sido reconocido expresamente por el art. 6.1 TUE, que consagra su equivalente valor jurídico respecto a los Tratados. Sobre esta cuestión, *vid.* CARLOS JIMÉNEZ PIERNAS y ELENA CRESPO NAVARRO, “El Derecho originario de la UE”, en M.ª JOSÉ BENEYTO PÉREZ (Dir.) [et al.], *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea. Tomo IV. Las fuentes y principios del Derecho de la Unión Europea*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2011, p. 186.

de su *ius puniendi* en aplicación del principio de reciprocidad. Dichos criterios, comúnmente denominados principios de atribución de la jurisdicción, encuentran su reconocimiento en los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros, si bien mediante fórmulas muy diversas.

El criterio de atribución más extendido y aceptado convencionalmente es el basado en el principio de territorialidad, que se vincula al lugar de comisión de los hechos y asigna a cualquier Estado el ejercicio del *ius puniendi* sobre los actos cometidos en el territorio⁶⁸ donde ejerce su soberanía⁶⁹. Sin embargo, la aplicación de este principio para la determinación de la jurisdicción en situaciones transfronterizas no está exenta de dificultades, pues a la hora de aplicar el principio de territorialidad, pueden existir diferentes interpretaciones sobre qué debe entenderse por lugar de comisión de los hechos, dando lugar a la aplicación de las teorías de la actividad, del resultado y la más amplia de la ubicuidad. Por otra parte, junto al principio de territorialidad, coexisten otros criterios de atribución de la jurisdicción de carácter extraterritorial, que permiten a los Estados extender el ejercicio de su jurisdicción penal más allá de sus fronteras nacionales en atención a diferentes criterios de conexión. Tal es el caso de la aplicación de los principios de personalidad (activa/pasiva)⁷⁰, que consideran la nacionalidad del autor o de la víctima del delito y, en ocasiones, incluso el lugar de residencia, como criterio de atribución extraterritorial válido para la determinación de la jurisdicción penal; El principio real o de protección, aplicado ante la comisión de determinados hechos que atentan contra los bienes e intereses jurídicos esenciales de un Estado, lo que justificaría la extensión y aplicación de su jurisdicción penal e incluso la injerencia en el ámbito natural del *ius puniendi* de otro Estado con absoluta independencia del lugar de comisión y de la nacionalidad de sus autores⁷¹; o el principio de jurisdicción universal⁷² y sus diferentes manifestaciones que, en su configuración más amplia, permite a los Estados que lo invocan investigar y enjuiciar hechos con independencia del lugar donde han sido cometidos y la nacionalidad de sus autores. En la misma línea, cada vez son más los Tratados Internacionales e instrumentos de la UE de

⁶⁸ Entendido éste de manera amplia, lo que incluye buques, aeronaves y otros locales y vehículos bajo pabellón nacional.

⁶⁹ KAI AMBOS, *Temas de Derecho penal internacional y europeo*, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 84.

⁷⁰ Que actualmente se reconoce en la mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales de la UE, como es el caso de España –art. 23.2 LOPJ–. Alemania –§ 5 *Strafgesetzbuch (StGB)*–, Francia –art. 113-6 *Code Pénal*–, Italia –art. 9 §1 *Codice Penale*–, Países Bajos –§ 7.1 *Wetboek van Strafrecht*– o Portugal –art. 5 e) *Código Penal Português*–.

⁷¹ Alemania lo reconoce en su §5 *StGB*, Francia en el art. 113-10 *Code pénal*, Países Bajos en su §4 *Wetboek van Strafrecht*, Italia en el art. 7 §1-4 *Codice Penale*, y Portugal en el art. 5 ,1, a) *Código Penal Português*. En todos los países analizados, la aplicación del principio se reserva a un catálogo de delitos concretos reconocidos en su propia ley penal sustantiva, por lo que, aunque existe una base común en torno a un determinado catálogo de delitos –delitos cometidos contra el Estado–, los tipos penales bajo los que este criterio puede utilizarse pueden llegar a variar de manera considerable en cada ordenamiento. En el caso español, se encuentra reconocido en el art. 23.3 LOPJ.

⁷² Podemos encontrar manifestaciones de este principio en en Alemania, que lo reconoce en su § 6 *StGB*; Francia–art. 689 del *Code de procédure pénale*–; Italia en su art. 10 y art. 7 apartado 5 *Codice penale*, o Países Bajos lo regula de manera conjunta en el *Wetboek van Strafrecht* y en su ley específica sobre crímenes internacionales –*Wet internationale misdrijven*–. En España, este principio se encontraba anteriormente reconocido de manera amplia en el art. 23.4 LOPJ, pero las sucesivas reformas de este precepto (específicamente, las operadas por las LO 1/2009 y LO 1/2014) han ido desdibujando su significado original. Sobre este último inciso, *vid.* LORENZO BUJOSA VADELL, “En torno a la reforma del principio de justicia universal en la Jurisdicción española”, en *Diario La Ley*, n.º 7298, 2009; FERMÍN MORALES PRATS, “La Reforma del Principio de Justicia Universal”, en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, n.º 35, 2014; FRANCISCO ORTEGO PÉREZ, “La restrictiva reforma de la jurisdicción universal”, en *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, n.º 210, 2014.

armonización de derecho penal sustantivo que incorporan criterios de atribución de la jurisdicción penal⁷³, si bien es cierto que estos sólo pueden ser válidamente invocados en aquellos supuestos relacionados con su estricto ámbito de aplicación material.

Así pues, existe un mosaico variado de principios de atribución de la jurisdicción aplicables en el ámbito de la Unión Europea, lo que fomenta el ejercicio concurrente y simultáneo de ésta por parte de varios Estados miembros si no existe, a su vez, un mecanismo de predeterminación o de atribución de la jurisdicción para estos casos. En este sentido, si bien es cierto que el principio de territorialidad puede considerarse como el criterio generalmente aceptado y el principal criterio de atribución por las razones anteriormente expuestas, en realidad no existe una jerarquía convencional que permita establecer la preeminencia un criterio respecto de otros, más allá de lo que dispongan las excepciones contenidas en cada ordenamiento nacional respecto de la aplicación de cada principio y de lo dispuesto en convenios internacionales aplicables en supuestos específicos, lo que en última instancia dificulta enormemente la determinación de la jurisdicción competente.

b) Ausencia de criterios jerarquizados a nivel de la UE

Ante la ausencia de jerarquía de los criterios de atribución a nivel nacional, podía colegirse que la acción de la Unión Europea y todos los instrumentos adoptados hasta la fecha se han orientado, precisamente, a subsanar esta carencia con el fin de evitar el conflicto. Lamentablemente, la realidad actual es muy diferente.

El principal instrumento dedicado a esta problemática es la vigente Decisión Marco 2009/948/JAI sobre prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales. Esta Decisión Marco constituye la máxima expresión de lo que es una norma de mínimos, pues desechó gran parte de las propuestas y recomendaciones más ambiciosas que la Comisión había planteado con el Libro Verde sobre conflictos de jurisdicción y el principio *ne bis in idem* que la antecede. Entre sus numerosas carencias, se encuentra precisamente la ausencia de criterios de atribución de la jurisdicción o factores de conexión que permitan orientar la decisión de las autoridades nacionales en relación con la resolución del conflicto. La única referencia que podemos encontrar al respecto se encuentra entre sus considerandos⁷⁴, que a su vez se remiten en bloque a unas directrices publicadas por Eurojust para la determinación de la jurisdicción competente⁷⁵.

⁷³ V.g. art. 9 de la Decisión marco 2002/475/JAI sobre lucha contra el terrorismo (DO L 164 de 22 de junio de 2002), sustituida por la reciente Directiva 2017/541 relativa a la lucha contra el terrorismo (DO L 88 de 31 de marzo de 2017), que dedica su art. 19 a establecer una serie de criterios para determinar la jurisdicción competente.

⁷⁴ Vid. considerando n.º 9 Decisión Marco 2009/948/JAI, cit.

⁷⁵ Anexo *Guidelines for Deciding "Which jurisdiction should prosecute"?* del *Eurojust Annual Report 2003*, pp. 60-66. Posteriormente han sido reeditadas en 2016 a través del documento *Guidelines for deciding "Which Jurisdiction should prosecute"?*, DOI 10.2812/29631.

En relación con estas directrices, Eurojust consideró oportuno publicar, como parte de su papel en la prevención y resolución de los conflictos, un listado de criterios a tener en cuenta para determinar cuál de todas las jurisdicciones afectadas por una situación de conflicto de jurisdicción se encuentra en una mejor posición para llevar a cabo el enjuiciamiento de los hechos. Dicho de otra manera, el objetivo de estas directrices es ayudar a determinar qué jurisdicción es la principal en atención a cada caso concreto y, en consecuencia, debe ser la competente en detrimento de todas las demás. En cualquier caso, estas directrices, aun habiendo sido redactadas por un organismo tan especializado y autorizado en la materia como es Eurojust, presentan problemas evidentes de aplicación. Por una parte, desde el punto de vista de su valor jurídico, no pueden ser consideradas más que una fuente *soft law* sin un valor jurídico vinculante real para las autoridades nacionales, lo que dificulta enormemente un eventual control sobre su ejecución. Por otra parte, desde el punto de vista de su aplicación práctica, las directrices de Eurojust no establecen un listado de criterios de carácter jerárquico o una prevalencia entre los diferentes factores reconocidos, por lo que su utilización y ponderación se realiza discrecionalmente y caso por caso.

3.4. Procedimiento de resolución de conflictos y transferencia de procedimientos

a) El procedimiento de resolución y el papel de Eurojust

La ausencia de criterios de atribución o de factores de conexión de carácter jerárquico aboca irremediabilmente a una resolución caso por caso del potencial conflicto de jurisdicción penal a través de un procedimiento basado en las consultas entre las autoridades implicadas. Precisamente, este procedimiento de consultas es el principal objeto de regulación de la Decisión Marco 2009/948/JAI.

Conforme a este instrumento, el procedimiento está configurado en dos fases principales y una tercera accesoria. Ante el menor indicio o signo de que pudiera generarse una situación de conflicto de jurisdicción penal, la autoridad judicial nacional tiene la obligación de iniciar el contacto con sus homólogas competentes en el resto de Estados afectados para confirmar la situación de riesgo —primera fase del procedimiento—, tarea para la que podrán recabar la asistencia de los instrumentos orgánicos de apoyo a la cooperación existentes en la UE, especialmente Eurojust y la RJE. El deber de comunicación e información se hará evidente cuando cualquiera de las autoridades constate la existencia de otro proceso penal pendiente en otro Estado miembro contra el mismo sujeto y por los mismos hechos —es decir, ante la constatación de la existencia procesos paralelos—, pero puede generarse también este deber por el mero conocimiento o deducción realizado por la autoridad competente en atención a la información recibida por diferentes vías (*v.g.* porque el propio investigado o acusado así lo manifestase durante el transcurso del interrogatorio, por la recepción de una comisión

rogatoria o solicitud de asistencia judicial mutua cuyo contenido puede coincidir, total o parcialmente, con las diligencias practicadas en la instrucción nacional).

Confirmada la existencia de procesos o investigaciones paralelas, las autoridades implicadas tienen la obligación de iniciar un procedimiento de consultas directas para tratar de llegar a un acuerdo que determine quien está en mejor posición para proseguir la investigación o enjuiciamiento de la causa —segunda fase del procedimiento—, incluyendo, si lo consideran oportuno, una decisión sobre la conveniencia de concentrar todos los procesos penales existentes en favor de la jurisdicción del Estado que se ha determinado que se encuentra en mejor posición. Resulta llamativo como la Decisión Marco realiza una referencia expresa a la concentración de procesos penales entre Estados miembros como posible solución al conflicto, omitiendo cualquier referencia a otro tipo de soluciones posibles, más aún si consideramos que no existe ninguna normativa armonizada a nivel de la Unión que trate específicamente esta cuestión y que sirva de base legal sólida para su realización.

En el supuesto de que no lograsen llegar a un acuerdo por sí mismas sobre la manera de proceder, cualquiera de las autoridades implicadas puede solicitar la asistencia de Eurojust —tercera fase accesoria— que, como agencia de apoyo a la cooperación judicial en materia penal de la Unión Europea, posee una serie de competencias y funciones para asistir a las autoridades en la resolución del conflicto.

El Reglamento de Eurojust prescribe la obligación por parte de todas las autoridades nacionales de los Estados miembros de informar a la Agencia de todo caso en el que haya surgido o sea probable que pueda surgir un conflicto de jurisdicción. Este deber de información genérico e indeterminado resulta en la práctica trascendental, pues de la efectiva comunicación a Eurojust de esta información dependerá la eficacia de su asistencia. Sin embargo, esta obligación resulta a menudo incumplida, sin que dicho incumplimiento pueda achacarse a una dejación consciente de su obligación de informar por parte de las autoridades nacionales, ya que la identificación de un caso que potencialmente pueda derivar en un conflicto de jurisdicción penal requiere la constatación de indicios que permitan concluir a la autoridad que existe ese riesgo, lo que puede llegar a resultar una tarea especialmente compleja si no existe previamente un canal de información eficaz entre autoridades.

Más allá de este deber de información, Eurojust posee competencias y funciones específicas orientadas a la colaboración en la prevención y resolución de conflictos de jurisdicción. En este sentido, cualquiera de las autoridades involucradas puede solicitar la asistencia activa de Eurojust ante un caso potencialmente conflictivo, pudiendo la Agencia desarrollar esta función a través de dos canales distintos:

- 1) A través de la figura de los miembros nacionales de los Estados implicados, que como parte de los poderes individuales que tienen atribuidos pueden solicitar a las autoridades de su propio Estado miembro que reconozcan que una de ellas está en mejores condiciones para llevar a cabo investigaciones o perseguir hechos concretos⁷⁶. Aunque esta función puede ser ejercida

⁷⁶ Art. 4.2 b) Reglamento (UE) 2018/1727, *cit.*

por los miembros nacionales únicamente respecto a sus autoridades nacionales, desde hace algún tiempo se está empleando con mucho éxito la figura de las “recomendaciones conjuntas”, que consiste en la actuación coordinada de todos los miembros nacionales involucrados en un caso de conflicto de jurisdicción para emitir una recomendación consensuada sobre el caso a sus respectivas autoridades nacionales⁷⁷.

2) A través del Colegio de Eurojust, actuando como órgano colegiado compuesto por todos los miembros nacionales, que o bien puede solicitar este reconocimiento de una manera análoga a la actividad desarrollada individualmente por los miembros nacionales⁷⁸ y descrita anteriormente; o bien puede, excepcionalmente y ante la ausencia de acuerdo entre las autoridades nacionales y los miembros nacionales implicados, emitir un dictamen escrito no vinculante sobre el asunto que será remitido a todos los Estados miembros interesados⁷⁹. Esta última facultad, considerada como un mecanismo de *ultima ratio*, nunca ha llegado a ser utilizada.

Por lo tanto, el papel actual de Eurojust en la resolución de conflictos de jurisdicción penal entre Estados miembros se aproxima al de un simple mediador⁸⁰ entre las posiciones de las autoridades nacionales implicadas, con el limitado poder de emitir una opinión no vinculante sobre quién de ellas está en una mejor posición para llevar a cabo la investigación y enjuiciamiento ante un asunto concreto. Consecuentemente, las autoridades nacionales implicadas no están obligadas a respetar la recomendación emitida por Eurojust, ni a seguir sus directrices, si bien sí tienen la obligación, en caso de desviarse de la solución propuesta por la Agencia, de comunicar los motivos por los que han decidido no seguir su recomendación⁸¹.

Así pues, el procedimiento de resolución de conflictos de jurisdicción penal actualmente vigente en la Unión Europea no obliga en ningún caso las autoridades implicadas a llegar a un consenso, ni la Decisión Marco 2009/948/JAI prevé ningún tipo de consecuencia jurídica —y mucho menos, disciplinaria— para el evento de que las autoridades nacionales desatiendan el deber mutuo de información o no sean capaces de llegar a un acuerdo o no sometan el asunto a la consideración de Eurojust. Confía la Decisión, por lo tanto, en la proactividad y voluntad de cooperación de las autoridades implicadas, presupuestos que no necesariamente tienen por qué cumplirse en todos los casos, pudiendo ocurrir que el conflicto de jurisdicción se prolongue

⁷⁷ Esta práctica novedosa surgió a raíz de un caso real de Eurojust que involucró a España e Italia en 2016. Desde entonces, las “recomendaciones conjuntas” han adquirido gran popularidad y gozan de gran aceptación por parte de las autoridades nacionales de los Estados miembros. Una referencia a esta práctica puede consultarse en el documento *Report on Eurojust’s casework in the field of prevention and resolution of conflicts of jurisdiction (updated 2018)*, DOI:10.2812/03988, p. 8.

⁷⁸ Art. 5.2 Reglamento (UE) 2018/1727, *cit.* Esta función, tal y como aparecía entonces descrita en el art. 7.1 a) ii) Decisión 2002/187/JAI (versión consolidada), se utilizó en el caso *Prestige*, en el que la responsabilidad penal derivada de los daños medioambientales provocados por el hundimiento y vertido del petrolero frente a las costas españolas y francesas dio lugar a la apertura de sendos procedimientos judiciales en ambas jurisdicciones. En este caso, y tras el dictamen de Eurojust, se optó por la transmisión del procedimiento francés abierto en el juzgado de Brest a favor de la instrucción en la jurisdicción española por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Corcubión.

⁷⁹ Art. 4.4 Reglamento (UE) 2018/1727, *cit.*

⁸⁰ En este sentido, ANNE WEYEMBERGH, “The Development of Eurojust: Potential and Limitations of Article 85 of the TFEU”, en *New Journal of European Criminal Law*, vol. 2, issue 1, 2011, pp. 75-99.

⁸¹ ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “Conflitos de jurisdição no espaço comum europeu: O papel da Eurojust na construção de soluções”, en *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, año 23, n.º 1, 2013, p. 54.

en el tiempo e incluso persista sin llegar a resolverse, y que los procesos paralelos sigan desarrollándose de manera independiente sin más limitación que la regla general relativa a la prohibición del *ne bis in idem* en su vertiente transnacional⁸².

b) Ausencia de instrumento UE sobre transferencia de procedimientos

Por otra parte, aún en los supuestos en los que este procedimiento de consultas prospere y desemboque en un acuerdo que determine una única jurisdicción competente, también se aprecian graves carencias en el sistema a la hora de decidir la forma de cómo llevarlo a cabo. La solución procesal idónea consiste en la concentración de los eventuales procesos penales paralelos en el Estado miembro cuya jurisdicción se ha determinado que está en una mejor posición para llevar a cabo la investigación y el enjuiciamiento de los hechos, solución a la que hace referencia escuetamente la Decisión Marco 2009/948/JAI⁸³. Cómo debe hacerse esta transferencia, que indudablemente implica cesión de jurisdicción y una compleja tramitación, es una cuestión que aún no ha sido objeto de regulación específica por parte de la Unión⁸⁴. Ante esta situación de vacío legal, las autoridades judiciales se han visto obligadas a acudir a la aplicación de instrumentos internacionales y soluciones de carácter intergubernamental.

En efecto, contamos con un instrumento específico creado en el seno del Consejo de Europa: el Convenio Europeo sobre la transmisión de procedimientos penales⁸⁵. Dicho acuerdo internacional reconoce tanto la posibilidad de transmitir un procedimiento penal ya en curso entre Estados parte, como la posibilidad de que un Estado parte con jurisdicción para perseguir una determinada conducta delictiva renuncie o sobresea, de manera provisional, la instrucción doméstica, siempre y cuando no haya recaído una resolución definitiva sobre el mismo asunto en otro Estado parte. Sin embargo, la vigencia de este Convenio presenta numerosos problemas en la práctica, que relativizan sobremanera su posibilidad de utilización. En primer lugar, su ámbito de aplicación es muy restringido, pues tan solo trece Estados miembros han

⁸² Sobre el alcance y los límites del principio *ne bis in idem* en su vertiente transnacional en la Unión Europea, Cfr. SSTJUE *Gözütök y Brügge*, C-187/01 y C-385/01, de 11 de febrero de 2003, EU:C:2003:87; *Miraglia*, C-469/03, de 10 de marzo de 2005, EU:C:2005:156; *Van Esbroeck*, C-436/04, de 9 de marzo de 2006, EU:C:2006:165; *Gasparini*, C-467/04, de 28 de septiembre de 2006, EU:C:2006:610; *Van Straaten*, C-150/05, de 28 de septiembre de 2006, EU:C:2006:614; *Kretzinger*, C-288/05, de 18 de julio de 2007, EU:C:2007:441; *Kraaijenbrink*, C-367/05, de 18 de julio de 2007, EU:C:2007:444; *Bourquain*, C-297/07, de 11 de diciembre de 2008, EU:C:2008:708; *Turansky*, C-491/07, de 22 de diciembre de 2008, EU:C:2008:768; *Mantello*, C-261/09, de 16 de noviembre de 2010, EU:C:2010:683; *M.*, C-398/12, de 5 de junio de 2014, EU:C:2014:1057; *Spasic*, C-129/14 PPU, de 27 de mayo de 2014, EU:C:2014:586; *Kossowski*, C-486/14, de 29 de junio de 2016, EU:C:2016:483.

⁸³ Vid. art. 10.1 *in fine*, que simplemente enuncia esta solución a título enunciativo (“si procede, llevar a la concentración de los procesos penales en un Estado miembro”).

⁸⁴ A pesar de que existió una Iniciativa antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, nunca llegó a adoptarse. Vid. Iniciativa del Reino de Bélgica, la República de Bulgaria, la República Checa, el Reino de Dinamarca, la República de Estonia, la República Helénica, el Reino de España, la República Francesa, la República de Lituania, la República de Letonia, la República de Hungría, el Reino de los Países Bajos, Rumania, la República de Eslovenia, la República Eslovaca y el Reino de Suecia con vistas a una Decisión Marco 2009/.../JAI del Consejo de ... sobre la transmisión de procedimientos en materia penal (DO C 219 de 12 de septiembre de 2009).

⁸⁵ Convenio Europeo sobre la transmisión de procedimientos penales (Estrasburgo, 15 de mayo de 1972. En vigor desde el 30 de marzo de 1978).

ratificado este instrumento. Aunque España figura entre los Estados miembros que sí lo han ratificado, encontramos entre las ausencias a los países más importantes de la UE en términos de población como son Alemania, Francia o Italia, y, desde el punto de vista de los posibles intereses fronterizos y estratégicos españoles, Portugal tampoco se encuentra entre los países que lo han ratificado. En segundo lugar, es un convenio que entró en vigor a finales de la década de los setenta y que, por lo tanto, desconoce absolutamente la realidad actual europea, en la que se ha producido un desarrollo exponencial del proceso de integración, con una UE que cuenta con un ELSJ propio sin fronteras interiores y una cooperación judicial en asuntos penales basada en el principio de reconocimiento mutuo. En definitiva, estamos ante un convenio obsoleto, poco flexible en términos de asistencia mutua y basado en principios de cooperación ya superados como es la transmisión preceptiva entre autoridades centrales en lugar de la transmisión directa entre autoridades competentes que impera en la actualidad entre los Estados miembros.

Debido a las dudas señaladas que genera la aplicación de este instrumento, la práctica forense desaconseja y evita su utilización incluso en aquellos limitados casos en los que éste podría resultar de aplicación por haberlo ratificado todos los Estados miembros afectados por el conflicto de jurisdicción. En su lugar, se recomienda la utilización de otro instrumento, la llamada “denuncia a fines procesales” contemplada en el art. 21 del Convenio Europeo de cooperación judicial en materia criminal de 1959. Se trata, en síntesis, de un instrumento que permite a un Estado parte poner en conocimiento de otro Estado parte la posible comisión de un hecho delictivo, a fin de que el Estado requerido pueda incoar un procedimiento penal sobre estos hechos, por ser éste último quien originariamente detentaría la jurisdicción penal sobre los mismos. El uso de este instrumento en detrimento del Convenio Europeo de transmisión de procedimientos penales tiene, como principal aliciente, que ha sido ratificado por la totalidad de los Estados miembros de la UE y que, por lo tanto, no plantea problemas respecto a su ámbito de aplicación. Además, si bien puede concluirse que es un instrumento ciertamente desfasado, cuenta con una ventaja diferencial respecto al Convenio Europeo sobre la transmisión de procedimientos penales: su carácter supletorio respecto del Convenio de asistencia judicial en materia penal entre Estados miembros de 2000, instrumento mucho más moderno, con idéntico ámbito material y creado en el seno de la UE. El Convenio 2000 establece en su art. 1 su complementariedad respecto a lo dispuesto en el Convenio de 1959, y lógicamente se inspira en principios mucho más modernos como la transmisión directa entre autoridades competentes en detrimento de la transmisión entre autoridades centrales. En efecto, la aplicación de su art. 6.1 habilita de manera específica la transmisión directa entre autoridades en los supuestos de aplicación del art. 21 del Convenio de 1959. Utilizando esta solución, las autoridades de los Estados miembros han querido dar una cobertura legal, aplicable de manera generalizada en toda la UE, a la práctica de la transmisión de

procedimientos penales. Sin embargo, esta interpretación de las disposiciones de ambos convenios genera numerosas dudas jurídicas sobre su válida aplicación a estos supuestos⁸⁶.

3.5. La soberanía nacional como obstáculo

El estudio realizado en las anteriores líneas pone de manifiesto que el modelo de prevención y resolución de conflictos de jurisdicción penal vigente en la UE, diseñado mayoritariamente bajo las limitaciones del antiguo tercer pilar, es potencialmente ineficaz y no cumple con los estándares mínimos exigibles de protección de la persona. Resulta potencialmente ineficaz porque no establece mecanismos que garanticen que el conflicto, una vez detectado, será finalmente resuelto a través del procedimiento regulado, pues su éxito depende, única y exclusivamente, del criterio y de la buena voluntad de las autoridades nacionales involucradas para llegar a un acuerdo sobre la solución idónea al conflicto. Tampoco cumple con los estándares mínimos de protección de la persona, ya que no presta ninguna atención a los derechos y garantías de los sujetos afectados por el conflicto, en especial, del investigado o acusado, ni contempla expresamente su participación en el procedimiento de consultas, ni reconoce expresamente ningún tipo de control jurisdiccional supranacional por parte del TJUE.

En definitiva, en materia penal, asistimos a un sistema de resolución de conflictos en el que sigue primando el ejercicio de la soberanía nacional frente a la potencial acción integradora que ofrecen actualmente los Tratados. No obstante, este reducto está inevitablemente condenado a una futura revisión fruto del avance en el proceso de integración en materia penal —pensemos en el hito que ha supuesto el establecimiento de la Fiscalía Europea— y del auge de fenómenos delictivos con elementos transfronterizos —en especial, la ciberdelincuencia—. A pesar de las posibilidades que brinda el derecho originario y que hemos señalado en este trabajo, hasta la fecha no se ha hecho pública ninguna propuesta que utilice las posibilidades que ofrece la nueva base legal en torno a la prevención y resolución de conflictos de jurisdicción. Tampoco se hizo referencia a esta problemática en las *Orientaciones estratégicas de la programación legislativa y operativa para 2014-2019 en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia*, ni se menciona expresamente en la nueva *Agenda Estratégica de la UE para el periodo 2019-2024*. No obstante, cada vez son más las voces en la academia especializada que denuncian esta situación y abogan por un cambio urgente de modelo, incluso a través de la proposición de modelos propios *de lege ferenda* que combinan soluciones de carácter

⁸⁶ Cfr. AAP de Pontevedra 284/2016, de 2 de mayo de 2016: “Ciertamente, ha de darse la razón a los recurrentes, puesto que el marco jurídico con base en el cual se acuerda la remisión de la causa a la Fiscalía de Coimbra, no resulta de aplicación en el presente caso. Es cierto que el art. 21 del Convenio de Estrasburgo antes citado, regula en su título VI bajo la denominación de “Denuncias a efectos procesales”, la posibilidad de denunciar un estado parte ante otro estado parte, un hecho delictivo con la finalidad de que sea perseguido en este último. Ahora bien y —siguiendo lo expuesto por el magistrado José Miguel García Moreno, letrado del servicio de relaciones internacionales del Consejo Gral del Poder Judicial, al realizar el estudio de esta figura en el marco del curso virtual de cooperación judicial penal en Europa— como se indica en la memoria explicativa del Convenio, este mecanismo de cooperación está pensado específicamente para los supuestos en que un estado parte sea competente para perseguir un delito, pero no pueda llevar a efecto dicha persecución porque la persona imputada ha buscado refugio en el estado parte del que es nacional y del que normalmente no podrá ser extraditado”.

heterogéneo⁸⁷, y entre las que podrían integrarse algunas soluciones inspiradas en el derecho internacional privado como las que se han señalado brevemente en este estudio.

4. Conclusiones

De los actos ilícitos surgen dos acciones, una penal y una civil, cada una con su correspondiente fundamento y naturaleza: para la disciplina penal para que exista un delito tiene que producirse una lesión al bien público, considerando accesorio el daño económico. Para la rama civil, puede que exista una lesión sin daño material. A simple vista existe una diferencia sustancial entre las dos ramas del Derecho. Sin embargo, tal separación no es ni tan completa ni tan diáfana. Las partes respecto de una misma cosa se encuentran divididas en cuanto a su interés por ella, por ejemplo, vendedor y comprador, agresor y víctima. De la misma forma, si tenemos en cuenta que para ambas disciplinas -la civil y penal- a la hora de aplicarse competencia judicial internacional, es determinar qué tribunal es competente para conocer del caso internacional, la interconexión penal-civil se produce en determinar la ubicación de quien será competente para resolver la controversia.

Ahora bien, el Derecho Internacional Privado, puede ayudar a resolver los problemas de jurisdicción en materia penal, pues ya sirve al Derecho comunitario. Así fue manifestado por L.G. Radicati di Brozolo, cuando afirmó que “El Derecho comunitario contienen una pluralidad de normas que, bien se enfrentan a problemas o emplean técnicas de Derecho Internacional Privado, bien regulan directamente conflictos entre sistemas jurídicos”⁸⁸. El sistema de Derecho Internacional privado de Bruselas I Bis presentaba una naturaleza beneficiosa para los operadores económicos, por lo que a simple vista nada impediría un sistema de redacción normativa donde se preponderasen los intereses de los operadores sociales, en aras de conseguir una integración europea real y no subsumida y secundaria de los intereses del mercado.

Las deficiencias estructurales apreciadas en el modelo actual de resolución de conflictos de jurisdicción en el ámbito penal aconsejan su adecuación y/o sustitución por un nuevo modelo que cumpla con las exigencias derivadas de las reformas operadas por el Tratado de Lisboa. La actual base legal en el derecho originario en torno a los conflictos de jurisdicción, compuesta por los arts. 82.1 b) y 85.1 c) TFUE, permite la adopción de nuevas directivas y reglamentos, adoptados conforme al procedimiento legislativo ordinario, para tratar esta cuestión. Las posibilidades que brinda el TFUE deben ser orientadas hacia la configuración de un nuevo modelo integral de prevención y resolución de conflictos de jurisdicción penal entre Estados

⁸⁷ MARTIN BÖSE, [et al.] *Conflicts of jurisdiction in criminal matters in the European Union. Volume II: Rights, principles and model rules*, Baden-Baden, Nomos, 2014; KATALIN LIGETI, [et al.], *Preventing and resolving conflicts of jurisdiction in EU criminal law: a European Law Institute Instrument*, Oxford, Oxford University Press, 2018; ALEJANDRO HERNÁNDEZ LÓPEZ, *El papel de Eurojust en la resolución de conflictos de jurisdicción penal en la Unión Europea. Propuestas legislativas*, Cizur Menor, Thomson-Reuters Aranzadi, 2020.

⁸⁸ LUCA RADICATI DI BROZOLO, “L’influence sur les Conflicts de Lois des principes de Droit Communautaire en matière de Liberté de Circulation”, en *Rev. Crit. Dr. Internat. Privé*, vol. 83, núm.3, jul.sep-1993, p. 402.

miembros que garantice que el conflicto, una vez detectado, será resuelto conforme al principio de buena administración de justicia, mediante un procedimiento que cumpla con todas las garantías del debido proceso.

En este sentido, las soluciones que existen en torno la resolución de conflictos en el ámbito de Derecho Internacional Privado –al menos en relación con la atribución de competencia judicial-, sobre la base de los principios de confianza y seguridad jurídica, permiten que sean mucho más desarrolladas y ampliamente aplicadas por los Estados miembros, y podrían servir como inspiración para futuras propuesta en el ámbito penal, pues cada vez más tribunales acuden a la extraterritorialidad. Por ejemplo, la estructura normativa siguiendo un catálogo de foros similar al de la disciplina civil atendiendo al criterio del domicilio; la especialidad de la materia que se trate, en el caso del ámbito civil, derechos reales, patentes, marcas, etc., pero en el ámbito penal podría ser atendiendo a ciberdelincuencia, delitos contra el honor, contra la salud pública, etc; o el lugar donde se produzcan los hechos. No obstante, no ha de perderse de vista que no todas las soluciones aplicadas en el terreno del derecho privado son de forma inicial válidamente extrapolables al ámbito del derecho público y, concretamente, al ámbito penal, (ejemplo: la disponibilidad de las partes en privado frente a la general indisponibilidad en el ámbito penal). No es pretensión de los autores hacer una propuesta de extrapolación literal de los foros de Derecho Internacional Privado al ámbito penal, sino simplemente plantear la oportunidad y sentar las bases iniciales de una propuesta de encaje de un sistema prelativo de foros de determinación de la competencia similar al que se encuentra en el área de Derecho Internacional Privado. En consecuencia, un sistema de normas que gire en torno a un foro general, pero que quede completado y complementado con disposiciones que fortalezcan y refuercen las soluciones según las circunstancias de hecho del caso particular.

En cualquier caso, resulta evidente que el mantenimiento de un marco legal como el actual en el ámbito penal, carente del más elemental principio de seguridad jurídica, y que obliga a nuestras autoridades nacionales a recurrir a instrumentos internacionales y a la adopción de soluciones heterogéneas, es simplemente insostenible para el desarrollo de una política europea en materia de justicia penal coherente y eficaz. Por todo ello, e independientemente del modelo que finalmente tenga a bien adoptar, la Unión Europea debe emprender urgentemente una revisión integral de su normativa sobre conflictos de jurisdicción penal que la adecúe a lo dispuesto en el actual derecho originario y contribuya a garantizar el correcto funcionamiento del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia conforme a las exigencias de los Tratados.

Bibliografía

ADRIÁN ARNÁIZ, ANTONIO JAVIER, "Aplicación extraterritorial", *Diccionario de Derecho de la competencia*, Madrid, Iustel, 2006

AMBOS, KAI, *Temas de Derecho penal internacional y europeo*, Madrid, Marcial Pons, 2006

AMBOS, KAI, "Los fundamentos del "iuspuniendi" nacional, en particular su aplicación extraterritorial", *Persona y Derecho*, No. 51, 2004, pp. 225-254

ARENAS GARCÍA, RAFAEL, "Consencuencias del Brexit para el Derecho Internacional Privado Europeo", *Retos para la acción exterior de la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017

Böse, Martin [et al.], *Conflicts of jurisdiction in criminal matters in the European Union*. Volume II: *Rights, principles and model rules*, Baden-Baden, Nomos, 2014

BUJOSA VADELL, LORENZO, "En torno a la reforma del principio de justicia universal en la Jurisdicción española", *Diario La Ley*, No.º 7298, 2009

CAEIRO, PEDRO, "Jurisdiction in criminal matters in the EU: negative and positive conflicts, and beyond", *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV)*, Vol. 93, No.4, 2010

CALVO CARAVACA, ALFONSO-LUIS y CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER, *Derecho Internacional Privado*, Granada, 2000

CARNELUTTI, FRANCESCO, *Teoría General del Derecho*, Granada, Comares, 2003

CEBRIÁN SALVAT, MARÍA ASUNCIÓN, "La competencia judicial internacional residual en materia contractual en España", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 9, No. 2, 2017

CHECA MARTÍNEZ, MIGUEL, "fundamentos y límites del fórum shopping: modelos europeo y angloamericano", *Revista de Diritto Internazionale Privato e Procesuale*, No.3, 1998.

CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, *El Derecho Internacional Privado ante los procesos de integración. Con especial referencia a la Unión Europea y el Mercosur*, Fundación para las investigaciones jurídicas, Rosario, 1998

FALLON, MARC, "Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique integre: l'experience de la Communauté européenne", *RCADI*, vol. 253, 1995-III

FEUILLADE, MILTON CÉSAR, "consideraciones en torno a la historia del Derecho Procesal civil internacional", *Revista del centro de investigaciones de filosofía jurídica y filosofía social*, 2007, No.30, pp. 53-64

FERNÁNDEZ ARROYO, DIEGO P., "Acerca de la necesidad y las posibilidades de una convención interamericana sobre competencia judicial en casos de derecho internacional privado", *Liber Amicorum. Homenaje al Profesor Dr. Didier Opertti Badán*, Montevideo, FCU, 2005

GARCÍA RADA, DOMINGO, "El Proceso Penal en sus relaciones con el Proceso Civil", *Derecho PUCP*, (3), 1945, disponible en <https://doi.org/10.18800/derechopucp.194502.004>

GONZÁLEZ CAMPOS, JULIO DIEGO, "Las relaciones entre fórum y ius en el Derecho Internacional Privado. Caracterización y dimensiones del problema", *ADI*, vol. IV, 1977-1978.

GUZMÁN ZAPATER, MÓNICA, y HERRANZ BALLESTEROS, MÓNICA, "La competencia judicial en el reglamento (CE) nº 44/2001 (I): ámbito de aplicación, foros objetivos y atribución de la

competencia judicial internacional por voluntad de las partes”, Curso virtual. Un estudio sistemático del espacio judicial europeo en materia civil y mercantil, 2009-2010

HABERMAS, JURGEN, *Factidad y Validez*, Madrid, 1998

HERNÁNDEZ LÓPEZ, ALEJANDRO, “Garantías procesales en la prevención y resolución de conflictos de jurisdicción penal: marco normativo en la UE y perspectivas de futuro”, ARANGÜENA FANEGO, CORAL [et al.], *Garantías procesales de investigados y acusados. Situación actual en el ámbito de la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018

HERNÁNDEZ LÓPEZ, ALEJANDRO, *El papel de Eurojust en la resolución de conflictos de jurisdicción penal en la Unión Europea. Propuestas legislativas*, Cizur Menor, Thomson-Reuters Aranzadi, 2020

JAEGER-FINE, DESIREE [et.al.], “Internet Jurisdiction: A Survey of German Scholarship and Cases”, Fordham Center on Law and Information Policy, 2013, Working Paper 2309575. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2309575>

JIMÉNEZ PIERNAS, CARLOS y CRESPO NAVARRO, ELENA, “El Derecho originario de la UE”, BENEYTO PÉREZ, José. M.ª (Dir.) [et al.], *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*. Tomo IV. Las fuentes y principios del Derecho de la Unión Europea, Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 2011

KOHL, UTA, *Jurisdiction and the internet regulatory competence over online activity*, Second edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2010

LA HUERTA OCHOA, CARLA, en *Diario Oficial de la Federación*, enero de 2005

LAGARDE, PAUL, “Le principe de proximité en droit international privé”, *RCADI*, 196, 1986, pp.9-238

LIGETI, KATALIN [et al.], *Preventing and resolving conflicts of jurisdiction in EU criminal law: a European Law Institute Instrument*, Oxford, Oxford University Press, 2018

LORENTE MARTÍNEZ, ISABEL, “Compraventas especiales excluidas del foro especial por razón de la materia del artículo 7.1 b) del Reglamento I bis”, *InDret*, num.3, 2019

LORENTE MARTÍNEZ, ISABEL, “Litigación internacional, Forum non conveniens, y daños punitivos: el caso del accidente aéreo de Spanair”, *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, No. 19, 2015

LORENZO, PEÑA y AUSTIN, TXETXU, “El principio de Autonomía y los límites del consentimiento”, *Actas del III congreso de la Sociedad Española de Filosofía Analítica*, 2001, pp. 249-255

MORALES PRATS, FERMÍN, “La Reforma del Principio de Justicia Universal”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, No.35, 2014

ORTEGO PÉREZ, FRANCISCO, “La restrictiva reforma de la jurisdicción universal”, *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, No. 210, 2014.

ORTIZ-ARCE DE LA FUENTE, ANTONIO, "Algunas consideraciones en torno al Derecho Internacional privado español. Pasado y presente", *Soberanía del Estado y Derecho Internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Secretaría de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2005

PÉREZ VARGAS, VÍCTOR, "Los inconvenientes del Forum non Conveniens", *Revista académica de la Universidad de Costa Rica*, 2003, pp. 63-84

RADICATI DI BROZOLO, LUCA, "L'influence sur les Conflicts de Lois des principes de Droit Communautaire en matière de Liberté de Circulation", *Rev. Crit. Dr. Internat. Privé*, vol.83, núm.3, jul.sep-1993

RIGAUX, FRANÇOIS, "Existe-t-il un Droit International de la concurrence?", *El Derecho Internacional en los albores del siglo XXI. Homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa*, 2002, Madrid, Trotta, pp.569-581.

RODRIGUES, ANABELA MIRANDA, "Conflitos de jurisdição no espaço comum europeu: O papel da Eurojust na construção de soluções", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, año 23, No.1, 2013

RODRIGUEZ JIMENEZ, SONIA, *Competencia judicial civil internacional*, UNAM, 2016

SÁNCHEZ LORENZO, SIXTO y FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS, *Derecho Internacional privado*, Madrid, Thompson Reuters, 2016

SILVA, JORGE ALBERTO, "Marco general de la competencia y cooperación procesal penal internacional", *Revista Opinión Jurídica Universidad de Medellín*, Vol. 15, No. 30, 2016

SOLER PEDROZA, ISRAEL y GUILLERMO JIMÉNEZ, WILLIAM, "¿Cómo establecer la jurisdicción y competencia en casos de internet? Tendencias internacionales y nacionales", *Diálogos de saberes*, No.41, 2014.

SUDEROW, JULIA, "nuevas normas de litispendencia y conexidad para europa: ¿el ocaso del torpedo italiano? ¿flexibilidad versus previsibilidad?", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 5, No. 1, marzo 2013, pp. 184-198

STRUYCKEN, ANTOON VICTOR MARIE, "Les Conséquences de l'intégration Européen sur le Développement du Droit International Privé", *RCADI*, 1992-I, t.232, pp. 267-379

TELLECHEA BERGMAN, EDUARDO, *La Dimensión Judicial del Caso Privado Internacional en el Ámbito Regional*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2002

THERY, PHILIPPE, "Quand la procédure joue contre la compétence: quelques exemples empruntés au contentieux international", *Revue trimestrielle de droit civil*, 2013, pp. 166-169

VELASCO SAN PEDRO, LUIS ANTONIO, "Derecho de la competencia europeo", *Diccionario de Derecho de la Competencia*, 2006, Madrid, Iustel, pp. 302-308

VESCOVI, EDUARDO, *Derecho Procesal Internacional*, Montevideo, Idea, 2000

VICENTE BLANCO, DÁMASO FCO. JAVIER, *Proyecto Docente e Investigador de Derecho Internacional Privado*, Valladolid 2020

VICENTE BLANCO, DÁMASO FCO. JAVIER, "Problemas de jurisdicción competente y ley aplicable en los mercados electrónicos", VELASCO, LUIS ANTONIO [et.al], *Acuerdos horizontales, mercados electrónicos: y otras cuestiones actuales de competencia y distribución*, Lex Nova, Valladolid, 2014

VICENTE BLANCO, DÁMASO FCO. JAVIER, "La protección de los adultos en el derecho internacional privado codificado por la conferencia de La Haya: el convenio de 13 de enero de 2000 y sus soluciones", *Ancianidad, derechos humanos y calidad de vida*, Oñati Socio-Legal Series, v. 1, n. 8, 2011

VIRGÓS SORIANO, MIGUEL, y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, FRANCISCO J., *Derecho Procesal Civil Internacional*, Madrid, Civitas, 2000

WASMEIER, MARTIN, "The legal basis for preventing and resolving conflicts of criminal jurisdiction in the TFEU", LIGETI, KATALIN [et al.], *Preventing and resolving conflicts of jurisdiction in EU criminal law: a European Law Institute Instrument*, Oxford, Oxford University Press, 2018

WEINBERG DE ROCA, INÉS MÓNICA, *Competencia internacional y ejecución de sentencias extranjeras*, Buenos Aires, Astrea, 1994

WEYEMBERGH, ANNE, "The Development of Eurojust: Potential and Limitations of Article 85 of the TFEU", *New Journal of European Criminal Law*, vol. 2, issue 1, 2011, pp. 75-99

(texto submetido a 17.12.2020 e aceite para publicação a 8.02.2021)