

ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACIÓN: PRÓXIMA IMPLEMENTACIÓN EN ESPAÑA DEL NUEVO INSTRUMENTO DE OBTENCIÓN DE PRUEBA PENAL TRANSFRONTERIZA

CORAL ARANGÜENA FANEGO¹

coral@der.uva.es

Cómo citar/Citation

Arangüena Fanego, C. (2017)

Orden Europea de Investigación: próxima implementación en España del nuevo instrumento de obtención de prueba penal transfronteriza.

Revista de Derecho Comunitario Europeo, 58, 905-939.

doi: <https://doi.org/10-18042/cepc/rdce.58.03>

Resumen

El pasado 22 de mayo de 2017 venció el plazo de transposición de la Directiva 2014/41/CE relativa a la orden europea de investigación en materia penal, incumplido por España. El objetivo de este nuevo instrumento de reconocimiento mutuo es acabar con la fragmentaria regulación vigente para facilitar y agilizar la obtención y transmisión de pruebas entre los Estados miembros de la UE. Este artículo analiza el contenido de esta directiva y pretende valorar la adecuación del Anteproyecto de ley español para su implementación, que acaba de ser presentado, en julio de 2017.

¹ Catedrática de Derecho Procesal de la Universidad de Valladolid y miembro del Instituto de Estudios Europeos de la misma Universidad. Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación titulado «Garantías procesales de investigados y acusados: necesidad de armonización y fortalecimiento en el ámbito de la Unión Europea» (DER 2016-78096-P), cuyas investigadoras principales son la autora y Montserrat de Hoyos Sancho.

Palabras clave

Unión Europea; Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia; principio de reconocimiento mutuo; Orden Europea de Investigación; admisibilidad mutua de pruebas; prueba transnacional.

EUROPEAN INVESTIGATION ORDER IN CRIMINAL MATTERS: UPCOMING IMPLEMENTATION IN SPAIN OF THE NEW INSTRUMENT FOR OBTAINING CROSS-BORDER CRIMINAL EVIDENCES

Abstract

On the last 22nd May 2017, the deadline for transposition of the Directive 2014/41/EU regarding the European Investigation Order in criminal matters passed, which Spain has failed to observe. This mutual recognition instrument aims to put an end to the current fragmentary regulations in order to ease and speed up the gathering and transmission of evidences between Member States of the European Union. This paper analyzes the contents of this Directive and intends to assess whether the Spanish implementation draft law of this instrument, which has just been issued in July 2017, is in accordance with it.

Keywords

European Union; Area of Freedom, Security and Justice; mutual recognition principle; European Investigation Order; mutual admissibility of evidence; transnational evidence.

DÉCISION D'ENQUÊTE EUROPÉENNE EN MATIÈRE PÉNALE: PROCHAINE IMPLÉMENTATION EN ESPAGNE DU NOUVEL INSTRUMENT D'OBTENTION TRANSFRONTALIÈRE DE PREUVES PÉNALES

Résumé

Le 22 mai dernier est arrivé à échéance le délai de transposition de la Directive 2014/41/CE concernant la Décision d'enquête européenne en matière pénale, délai que l'Espagne n'a pas respecté. L'objectif de ce nouvel instrument de reconnaissance mutuelle consiste à abandonner la régulation fragmentaire en vigueur afin de faciliter et d'accélérer l'obtention et transmission de preuves entre les états membres de l'Union Européenne (état tiene acento en la E, pero no puedo poner en el teclado francés los acentos en las mayúsculas así que te dejo la palabra en minúsculas). Le présent article a pour objet d'analyser le contenu de cette Directive et d'évaluer

la conformité de l'avant-projet de loi espagnol pour son implémentation, qui vient d'être présenté en juillet de 2017.

Mots clés

Union Européenne; Espace de liberté, sécurité et justice; principe de reconnaissance mutuelle des jugements; Décision d'enquête européenne en matière pénale; admissibilité mutuelle des preuves; preuve transfrontalière.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. REGULACIÓN Y PRECEDENTES. II. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS. III. ÁMBITO DE APLICACIÓN TEMPORAL. RÉGIMEN TRANSITORIO Y PROBLEMAS DE LA FALTA DE TRANSPOSICIÓN EN PLAZO. IV. ÁMBITO DE APLICACIÓN OBJETIVO: 1. Medidas que pueden solicitarse. 2. Procedimientos en que puede adoptarse una OEI. V. AUTORIDADES COMPETENTES: 1. Autoridad de emisión. 2. Autoridad de ejecución. 3. Autoridad central. VI. PRESUPUESTOS Y CONTENIDO DE LA OEI. VII. EMISIÓN DE LA OEI: 1. Eventual solicitud de parte. 2. Documentación de la OEI. 3. Transmisión. 4. Actuaciones ulteriores. 5. Admisibilidad de la prueba obtenida por medio de la OEI. VIII. EJECUCIÓN DE LA OEI: 1. Reconocimiento y ejecución. 2. Reconocimiento pero no ejecución. 3. Denegación del reconocimiento. IX. A MODO DE CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN. REGULACIÓN Y PRECEDENTES

El 22 de mayo de 2017 venció el plazo de transposición de la Directiva 2014/41/CE, de 3 de abril, relativa a la orden europea de investigación en materia penal (DOEI, en adelante)², primera directiva europea en materia de prueba transnacional que ha sido adoptada al amparo del art. 82.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea tras un largo y complejo proceso de negociación³.

² Publicada en el *DOUE* L 130, de 1 de mayo de 2014.

³ Proceso sobre el cual no es posible detenernos, y para cuyo estudio es recomendable consultar los trabajos monográficos de Lorena BACHMAIER WINTER, «La propuesta de Directiva europea sobre la orden de investigación penal: valoración crítica de los motivos de denegación», *Diario La Ley*, núm. 7992, de 28 de diciembre de 2012; «Prueba transnacional penal en Europa: la Directiva 2014/41 relativa a la orden europea de investigación», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 36, 2015; «Transnational Evidence: Towards the Transposition of the Directive 2014/41 regarding the European Investigation Order in Criminal Matters», *Eucrim*, núm. 2, 2015, pp. 47-60. Asimismo, Marién AGUILERA MORALES, «El Exhorto Europeo de In-

No se trata de la primera norma de la Unión Europea en materia de prueba transnacional, pero sí, desde luego, de la más relevante, potencialmente dotada de mayor eficacia en atención al tipo de norma jurídica en que se plasma —una directiva— y con un ámbito de aplicación mucho más amplio.

Antes de ella habían sido aprobadas dos decisiones marco, con un limitado ámbito de aplicación: la Decisión marco 2003/577/JAI, de 22 de julio, relativa a la ejecución en la UE de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas, incorporada en la actualidad en la Ley 23/2014, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE (LRM en adelante)⁴; y la Decisión marco 2008/978/JAI, de 18 de diciembre, sobre

investigación: A la búsqueda de la eficacia y la protección de los Derechos Fundamentales en las investigaciones penales transnacionales», *Boletín del Ministerio de Justicia*, nº 2145, agosto de 2012; Francisco JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, «Orden europea de investigación: ¿adiós a las comisiones rogatorias?», en Coral ARANGÜENA FANEGO (coord.), *Cooperación judicial civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa*, Comares, Granada, 2010, pp. 175-203; Carmen RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, *Obtención y admisibilidad en España de la prueba penal transfronteriza. De las comisiones rogatorias a la orden europea de investigación*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, especialmente las pp. 295-301; Stefano RUGGERI, «Transnational Prosecutions, Methods of Obtaining Overseas Evidence, Human Rights Protection in Europe», en Stefano RUGGERI (ed.) *Human Rights in European Criminal Law. New Developments in European Legislation and Case Law after the Lisbon Treaty*, Springer, Heidelberg-New York-Dordrecht-London, 2015, pp. 161-162; Mar JIMENO BULNES, «Orden europea de investigación en materia penal», en Mar JIMENO BULNES (dir.), *Aproximación legislativa versus reconocimiento mutuo en el desarrollo del espacio judicial europeo: una perspectiva multidisciplinar*, JM Bosch, Barcelona, 2016, pp. 156-163.

⁴ Véase, al respecto, entre los trabajos más recientes sobre el instrumento europeo y su transposición en la legislación española, Fernando GASCÓN INCHAUSTI, «Reconocimiento mutuo de resoluciones de embargo preventivo y aseguramiento de prueba: análisis normativo», y Juan J. NAVAS BLÁZQUEZ, «Cuestiones prácticas al reconocimiento de resoluciones sobre embargo preventivo y aseguramiento de pruebas», ambos en Coral ARANGÜENA FANEGO, Montserrat DE HOYOS SANCHO y Carmen RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO (dirs.), *Reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea: análisis teórico-práctico de la Ley 23/2014, de noviembre*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 323-362 y 363-385, respectivamente; Andrés TINOCO PASTRANA, «El embargo preventivo y el aseguramiento de pruebas en los procesos penales en la Unión Europea: novedades tras la Ley 23/2014, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE y la Directiva 2014/41/CE relativa a la orden europea de investigación en materia penal», *Cuadernos europeos de Deusto*, núm. 52, 2015, pp. 121-146.

el exhorto europeo de obtención de pruebas⁵, transpuesta tardíamente por la LRM, pero resultando paradójicamente derogada la propia Decisión marco de base de manera precipitada⁶ por el Reglamento (UE) 2016/95, de 20 de enero, por el que se derogan determinados actos en el ámbito de la cooperación judicial y policial penal antes de que se haya transpuesto la norma llamada a sustituirla; esto es, la DOEI.

Teniendo en cuenta tales precedentes, la finalidad de esta nueva norma europea es la de crear y reunir en torno a un instrumento jurídicamente vinculante un nuevo sistema global general para la obtención transnacional de pruebas que reemplace a los instrumentos existentes y acabe con el fragmentado sistema actual, caracterizado por la dispersión y confusión. Y es que la coexistencia de instrumentos normativos de diverso tipo (decisiones marco y convenios de asistencia judicial) tiene como resultado un auténtico puzle normativo que ha demostrado una ineficacia crónica. La perturbadora convivencia con los conocidos convenios de asistencia mutua (Convenio europeo de asistencia judicial penal del Consejo de Europa de 1959, Convenio de asistencia judicial entre los Estados miembros de la UE de 2000 y Protocolo de 2001) de mayor cobertura y flexibilidad y la transposición tardía de alguno de los instrumentos de reconocimiento mutuo —como el exhorto de obtención de prueba— ha hecho que estos últimos pasen desapercibidos. El solapamiento de disposiciones ante el que se encuentra el operador jurídico y el hecho de que no exista una obligación de suficiente alcance para aplicar los instrumentos de reconocimiento mutuo frente a los convencionales ha

⁵ Sobre este instrumento y su transposición en el ordenamiento español véase, *in extenso*, Lorena BACHMAIER WINTER, «Exhorto europeo de obtención de pruebas: análisis normativo», y Luis Miguel JIMÉNEZ CRESPO, «Cuestiones prácticas relativas al exhorto europeo de obtención de pruebas», ambos en ARANGÜENA, DE HOYOS y RODRÍGUEZ-MEDEL (dirs.), *Reconocimiento mutuo...*, op.cit., nota 4, pp. 507-520 y 521-544, respectivamente. Sobre las diferencias entre el exhorto europeo de obtención de pruebas y la orden europea de investigación, véase Antonio Luis MARTÍN GARCÍA y Lorenzo BUJOSA VADELL, *La obtención de la prueba en materia penal en la Unión Europea*, Atelier, Barcelona, 2016, pp. 118-122.

⁶ Gráficamente, Francisco JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ habla de crónica de una muerte anunciada, ya que el Reglamento UE/2016/95 ha dado muerte prematura mediante un instrumento de derogación anticipada a una norma inédita, sin perjuicio de la vigencia formal de las leyes de transposición nacionales («Capítulo XII: Orden Europea de Investigación», en *Memento Experto Cooperación jurídica penal internacional*, Francis Lefebvre, Madrid, 2016, p. 12).

provocado que incluso se llegue a hablar de un cierto *ius shopping* para las autoridades judiciales⁷.

La deseable transposición en plazo de la OEI debería de haber servido para poner fin a este estado de cosas, al apostar por un instrumento único en materia de prueba penal transfronteriza⁸, sin perjuicio de que dos Estados miembros —Dinamarca e Irlanda— hayan quedado fuera del instrumento⁹ y de que algunas de las normas a las que reemplaza —concretamente los convenios de asistencia judicial penal citados— sigan resultando aplicables para aquellas otras formas y modalidades de cooperación que no afectan a la obtención de pruebas propiamente dichas (art. 34 DOEI). O para aquellos países que, como Dinamarca e Irlanda, han quedado fuera del instrumento.

Lejos de haber sido así, España ha incumplido sus obligaciones en este punto (al igual que la mayor parte de los Estados miembros¹⁰), con el agravante de que a la fecha final del plazo de transposición de la directiva (22 de mayo de 2017) ni siquiera disponía de texto alguno, pues no ha sido hasta el pasado 14 de julio cuando se ha informado en Consejo de Ministros el anteproyecto remitido desde el ministerio. Lo que ha obligado a la Fiscalía General del Estado a salir al paso de la situación para hacer frente a las posibles OEI que pudieran recibirse de Estados miembros que hubieran transpuesto la directiva y a otras situaciones generadas por el incierto régimen legal en el que

⁷ Así Francisco JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, «La nueva regulación del decomiso y la recuperación de activos delictivos en el ordenamiento jurídico español», *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 0, 2015, p. 103, y «Capítulo XII: Orden Europea de Investigación», *op.cit.*, nota 6, p. 4274.

⁸ La doctrina ha considerado que la directiva supone una auténtica mutación genética en la obtención transnacional de la prueba (así Marcello DANIELE, «La metamorfosi del diritto delle prove nella Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale», *Diritto penale contemporáneo*, núm. 4, 2015, p. 87).

⁹ Con la consecuencia de que en sus relaciones con los restantes miembros de la UE en materia de prueba penal transfronteriza Dinamarca seguirá aplicando el Convenio de asistencia judicial UE de 2000 y su Protocolo de 2001, mientras que Irlanda, al no haber ratificado dichos convenios, seguirá aplicando los emanados del Consejo de Europa (Convenio de asistencia judicial en materia penal de 1959 y sus protocolos adicionales de 1978 y 2001).

¹⁰ La consulta del estado de trasposición de la directiva, disponible en la página de la RJE penal (https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/EJN_Library_StatusOfImpByCat.aspx?CategoryId=120) revela que a la fecha de transposición tan solo Bélgica, Francia, Alemania y Letonia habían cumplido y que a 30 de julio de 2017 (fecha de la última consulta), solo once de los veintiséis Estados obligados.

nos hallamos, motivando la adopción del Dictamen 1/17 de la Fiscal de Sala de Cooperación penal internacional¹¹.

Hay que tener en cuenta que la propia DOEI regula (art. 35) un régimen transitorio, conforme al cual los instrumentos que se derogan regirán las resoluciones cuyo reconocimiento se pretenda que se reciban con anterioridad al 22 de mayo de 2017, fecha final de transposición de la directiva, mientras que a partir de esa fecha —ya cumplida— hay que estar a lo prevenido en el art. 34 para dilucidar en qué medida la DOEI ha derogado el instrumento de cooperación judicial que pudiera resultar aplicable. Algo, por lo demás, complicado, puesto que, por una parte y como acabamos de señalar, nos encontramos en una situación de asimetría absoluta al coexistir Estados que han transpuesto la directiva (los menos) con aquellos que no lo han hecho, sin que en este punto la directiva contemple previsión alguna para dar solución a las situaciones de falta de transposición en plazo. Pero además, y aun haciendo abstracción de este grave problema, porque tampoco la propia directiva es clara a la hora de determinar el alcance de las «disposiciones correspondientes» de los convenios que sustituye. Se trata de una expresión excesivamente vaga que obligará a las autoridades nacionales a realizar un esfuerzo interpretativo adicional a la hora de establecer si una concreta medida a solicitar ha de canalizarse a través de los convenios o de la OEI¹² teniendo en cuenta, por tanto, que los convenios siguen siendo aplicables parcialmente.

Con base fundamentalmente en el texto europeo, si bien haciendo las oportunas referencias al anteproyecto informado en el Consejo de Ministros de 14 de julio y que reforma la LRM para incorporar en su cuerpo el nuevo instrumento (AMLRM, en adelante)¹³, examinaremos este a continuación, limitándonos, eso sí, al análisis de su regulación general, sin entrar a abordar en detalle, por razones de espacio, las medidas que son objeto de un tratamiento específico en algunos capítulos de la directiva (y, en consecuencia,

¹¹ Dictamen 1/17, de 19 de mayo de 2017, sobre el régimen legal aplicable debido a la no transposición en plazo de la Directiva de la Orden Europea de Investigación y sobre el significado de la expresión «disposiciones correspondientes» que sustituye dicha directiva.

¹² Así se advierte en las pp. 10 y 11 del Dictamen 1/2017 citado *supra*, nota 11, indicando a modo de ejemplo algunas medidas de extraordinaria importancia recogidas en los convenios que no serán sustituidas por la DOEI; entre otras la denuncia y transferencia de procedimientos (art. 21 del Convenio de 1959 y art. 6 del Convenio de 2000) o el intercambio de información sobre antecedentes penales (art. 13 del Convenio de 1959 en relación a la Decisión marco 2009/315/JAI -ECRIS-).

¹³ Como era previsible, el anteproyecto ha optado por llevar al seno de la LRM la nueva regulación ocupando, precisamente, el hueco dejado por el exhorto europeo de obtención de pruebas (título X y anexo XIII de la LRM), derogado por el Reglamento (UE) 2016/95.

también de la proyectada ley de transposición), y sobre las cuales existen amplios estudios a los que nos remitimos¹⁴.

II. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS

La OEI se configura como una resolución judicial, emitida o validada por una autoridad judicial de un Estado miembro para llevar a cabo una o varias medidas de investigación en otro Estado miembro con vistas a obtener pruebas con arreglo a la DOEI destinadas a su incorporación a un proceso (art. 1).

En su regulación, la directiva combina normas y principios que ya se incluían en la decisión marco sobre el exhorto europeo de obtención de pruebas y normas del Convenio de asistencia judicial entre Estados miembros de la UE del 2000, procurando imprimir una cierta dosis de flexibilidad, propia de los instrumentos convencionales, puesta de manifiesto, especialmente, en la generosa facultad de sustitución de la medida solicitada que se confiere a la autoridad de ejecución.

Como principales características de esta regulación, además de la relevante concentración normativa que proporciona la creación de un instrumento único en materia de prueba europea transfronteriza¹⁵, hay que destacar ante todo su configuración como una auténtica «orden» o título ejecutivo europeo, en la línea de la orden europea de detención y entrega. La denominación del instrumento es muy gráfica, constituyendo un acierto el abandono de la inicial terminología (exhorto) que aparecía en la inicial propuesta de directiva¹⁶.

Se articula, como es típico de los instrumentos de reconocimiento mutuo, sobre la base de una comunicación directa entre autoridades judiciales, sin perjuicio de las matizaciones que exige el hecho de que quepa la emisión de este instrumento por una autoridad no judicial siempre que esté «validada» o autorizada por una que sí tenga tal carácter.

Y se diseña un auténtico procedimiento supranacional para la obtención transfronteriza de material probatorio, al ocuparse la directiva de regular de

¹⁴ Véase, por todos, RODRÍGUEZ-MEDEL, *Obtención y admisibilidad...*, op.cit., nota 3, pp. 315-346.

¹⁵ Esta proclamación general del art. 34 DOEI se matiza posteriormente en el art. 35, pues ha de ser conjugada con la vigencia de los diversos instrumentos normativos existentes, según hemos adelantado. Sobre ello véase JIMÉNEZ-VILLAREJO «Capítulo XII...» op.cit., nota 6, pp. 4320-4322.

¹⁶ Y que sin embargo se desliza, por error de traducción, en la sección K del formulario de emisión de la OEI recogido en el anexo A de la directiva.

manera bastante completa la emisión, reconocimiento, ejecución, confidencialidad de la investigación¹⁷, plazos, costes, recursos y responsabilidad de quienes intervengan en la práctica de la diligencia de investigación. Especialmente destacable en él es la simplificación de trámites y requisitos formales mediante el empleo de formularios estandarizados y la aceleración que se imprime en la obtención de prueba transnacional, mediante la fijación de plazos para acuse de recibo de la orden de investigación, reconocimiento y ejecución. Como aspecto criticable, la amplia y asistemática regulación de causas de denegación que recoge la DOEI cuyo grado de dificultad para su comprensión no parece despejarse cuando se incorpore mediante su oportuna transposición en la LRM, que precisamente en este punto adolece de una notoria complejidad.

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN TEMPORAL. RÉGIMEN TRANSITORIO Y PROBLEMAS DE LA FALTA DE TRANSPOSICIÓN EN PLAZO

La DOEI preveía su aplicación generalizada a las órdenes europeas de investigación recibidas después del 22 de mayo de 2017, fecha tope para su transposición por los Estados miembros de la UE (art. 35.1).

La necesidad de una aplicación en plazo resultaba en este caso más acuciante ante el complejo escenario derivado de la derogación de la Decisión marco sobre el exhorto europeo de obtención de pruebas por el Reglamento 2016/95, de 20 de enero, ya citado, antes de que ningún Estado miembro hubiera transpuesto la DOEI.

Pero el peor de los escenarios posibles se ha materializado y la fecha marcada ha sido desatendida por la mayor parte de los Estados miembros. Poco ha pesado el hecho de que el incumplimiento de la obligación de transposición en plazo pueda dar lugar a un procedimiento de infracción ante el TJUE dirigido a que el Estado incumplidor acate y aplique adecuadamente el derecho UE y lo haga lo más rápidamente posible, incluyendo el pago de una suma a tanto alzado o de una multa coercitiva por día de retraso impuesta por el TJUE dentro del límite del importe indicado por la Comisión, institución legitimada activamente para iniciar el procedimiento.

No olvidemos, a este respecto, que desde el 1 de diciembre de 2014 el TJUE ha adquirido plenas competencias en el ámbito de la cooperación

¹⁷ Sin perjuicio de las matizaciones que puede experimentar esta regla fijada en el art. 19 DOEI para conjugarse con los derechos y garantías procesales del afectado por la medida.

penal, al haber vencido el período transitorio de cinco años previsto por el Protocolo 36 del Tratado de Lisboa¹⁸. Y que para la Comisión Europea la transposición tardía de las directivas representa un grave problema pues, entre otras consecuencias negativas, provoca una relación asimétrica entre los Estados miembros dado que los que han implementado de manera adecuada la norma europea no pueden beneficiarse de sus disposiciones en sus relaciones con aquellos Estados que no han procedido a su transposición en plazo.

De ahí que deba aplaudirse la solución de urgencia adoptada en el Dictamen 1/2017 de la Fiscal de Sala de Cooperación judicial internacional anteriormente citado, que propugna que en tanto no se haya publicado y entrado en vigor la futura ley de transposición de la OEI, de recibirse en España una OEI procedente de un Estado miembro que haya transpuesto la directiva, la OEI se tratará como una solicitud de cooperación internacional tradicional. Pero los fiscales velarán en la medida de lo posible porque su ejecución se adapte a los contenidos y espíritu de la DOEI con apoyo en el principio de interpretación conforme de las normas nacionales con el derecho europeo, a la luz de la jurisprudencia establecida por el TJUE¹⁹.

Y, por lo mismo, entretanto no se haya publicado y entrado en vigor la ley de transposición española, determina que los fiscales velarán porque se continúen utilizando los convenios oportunos para la emisión de solicitudes de asistencia judicial internacional relativas a la obtención de pruebas; pero una vez publicada y en vigor la referida ley de transposición, se emitirán entonces tan solo OEIs para la remisión a Estados miembros UE que están vinculados por la directiva, con independencia de que el estado de ejecución no la haya transpuesto (salvo que la ley de transposición disponga otra cosa).

IV. ÁMBITO DE APLICACIÓN OBJETIVO

Teniendo muy presente la definición que proporciona el art. 1 de la directiva, ha de advertirse como punto de partida que este nuevo instrumento

¹⁸ Véase Lorena BACHMAIER WINTER «Fin del período transitorio del Protocolo 36 del Tratado de Lisboa en materia de cooperación penal: algunas consecuencias para el TJUE», *La Ley Unión Europea*, núm. 34, 2016.

¹⁹ Sentencias de 16 de junio de 2005, asunto Pupino, C-105/ 2003, EU:C:2005:386; de 28 de abril de 2011, asunto El Dridi, C-61/11 PPU, EU:C:2011:268; de 8 de mayo de 2013, asunto Marinov, C-142/12, EU:C:2013:292; de 7 de julio de 2016, asunto Ambisig, C-46/2015, EU:C:2016:530.

está centrado en las medidas de investigación a realizar, no en la prueba que con ellas se pretenda obtener.

El ámbito de aplicación es muy amplio y gráficamente se habla (*considerando* 8º DOEI) de que tiene carácter horizontal, puesto que se extiende prácticamente a la totalidad de las medidas de investigación (siendo mínimas las exclusiones) sin perjuicio de que el régimen general que diseña para su obtención se complete con normas específicas para determinadas medidas en particular (relativas al traslado de privados de libertad a fin de llevar a cabo una medida de investigación, comparecencia por videoconferencia u otros medios audiovisuales, declaración por conferencia telefónica, información sobre cuentas bancarias y financieras, información sobre operaciones bancarias y financieras, medidas de investigación que impliquen obtención de pruebas en tiempo real, investigaciones encubiertas, intervención de las comunicaciones y medidas cautelares para el aseguramiento de la prueba obtenida). Y todo ello con el objetivo de facilitar la obtención de pruebas que se encuentren o hayan de obtenerse en otro Estado miembro para los fines de un proceso penal o incluso de un proceso de infracción administrativa del cual pueda derivarse responsabilidad penal.

De este modo, la nueva regulación determina tanto las medidas que caen bajo la cobertura del nuevo instrumento como el tipo de procedimientos en que puede hacerse uso de él configurando ambos extremos con notable amplitud.

1. MEDIDAS QUE PUEDEN SOLICITARSE

En cuanto a las medidas aplicables, la OEI se extiende a todas las de investigación relativas a la cooperación judicial (no policial) tendentes a la obtención de prueba con independencia de la fase procesal en que se requieran (*considerando* 25º). El art. 2, que incorpora, como es tradicional, las definiciones básicas, omite sin embargo la de «medida de investigación» pese a constituir el núcleo central sobre el que gravita el instrumento y que además debiera haberse incorporado para su diferenciación respecto a las «medidas de aseguramiento» que también pueden constituir el objeto de la OEI. Por otra parte, y como ha sido advertido por la doctrina, si la necesidad de una mínima definición del concepto de medidas de investigación es una exigencia de la certidumbre y precisión jurídica que requiere el principio de legalidad, aquí se revela con mayor intensidad al manejarse por la directiva un concepto amplio o genérico, que engloba también medidas restrictivas de derechos fundamentales²⁰.

²⁰ Así lo advierte JIMÉNEZ-VILLAREJO, «Capítulo XII...», op.cit. nota 6, p. 4350. Véase asimismo la crítica de Annalisa MANGIARACINA, «A new and controversial

Comprende no solo medidas de investigación; también medidas para el aseguramiento cautelar de determinados elementos objetivos susceptibles de ser empleados en un proceso seguido en el Estado de emisión evitando su destrucción, transformación, desplazamiento, transferencia o enajenación e incluso para que una vez asegurados sean transferidos (art. 32), si bien con un cierto carácter accesorio a la propia investigación, objetivo principal del instrumento. E incluye también la obtención de fuentes de prueba que ya obran en poder de la autoridad de ejecución (pero también las no preexistentes, algo que no cubrían los precedentes instrumentos de reconocimiento mutuo —singularmente, el exhorto europeo— y que en la práctica provocaba su inaplicación²¹).

Se excluyen, no obstante, algunas medidas relevantes. Por una parte, la creación de equipos conjuntos de investigación (ECI) y la obtención de pruebas en el equipo (art. 3 DOEI y art. 186.3 LRM conforme redacción dada por el AMLRM), exclusión justificada puesto que los principios que rigen la creación del ECI se basan en la autonomía de la voluntad de los Estados miembros implicados, no en el reconocimiento mutuo como la OEI. Sin olvidar que un ECI puede involucrar también a terceros Estados (no miembros de la UE) y su mecanismo de cooperación, modo de operar, fundamento y ámbito de aplicación son distintos²². La citada exclusión admite como excepción que cuando un ECI necesite que las diligencias de investigación se practiquen en el territorio de un Estado miembro que no haya participado en el equipo podrá emitirse una orden europea de investigación a las autoridades competentes de dicho Estado.

También resulta excluida la vigilancia transfronteriza a la que se refiere el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen (según indica expresamente

scenario in the gathering of evidence and the European level: the Proposal for a Directive on the European Investigation Order», *Utrecht Law Review*, vol.14, núm. 1, 2014, p. 120.

²¹ Ya que al estar restringido el exhorto a la obtención de pruebas preexistentes, para cualquier otra petición probatoria o medida de investigación tendente a su obtención exigía cursar la correspondiente comisión rogatoria conforme a los Convenios de 1959 y de 2000, resultando menos complejo (e incluso más rápido) cursar la petición de todas las pruebas en una misma solicitud a través de los cauces tradicionales de asistencia para evitar fragmentar la petición.

²² Así BACHMAIER, «Transnational Evidence...», *op. cit.*, nota 3, p. 48, y, asimismo, «Prueba transnacional penal en Europa...», *op. cit.*, nota 3, pp. 5 y 6. Véase la matización y crítica que efectúa RODRÍGUEZ-MEDEL a esta limitación (*Obtención y admisibilidad...op. cit.*, nota 3, pp. 312 y 313).

el *considerando* 9 DOEI) por tratarse de una medida propia de la cooperación policial (no judicial)²³.

Igualmente queda fuera el régimen de transmisión de los antecedentes penales, que se regirá por su normativa específica.

2. PROCEDIMIENTOS EN QUE PUEDE ADOPTARSE UNA OEI

Nuevamente se muestra la referida amplitud, pues no se limita a los procesos penales, sino que se extiende también a las diligencias preparatorias de los mismos e incluso a procedimientos administrativos de naturaleza sancionadora.

En efecto, una lectura del art. 4 DOEI permite ver que la OEI es de aplicación en procedimientos por delito: esto es, procesos de carácter penal tramitados por autoridades judiciales (jueces y fiscales) frente a personas físicas o jurídicas [art. 4.a) y d)].

Pero también en procedimientos por infracción de «disposiciones legales» (hechos no delictivos); por tanto, procedimientos no penales de tipo administrativo sancionador, seguidos frente a personas físicas o jurídicas que tengan una dimensión penal por ser revisables ante autoridades jurisdiccionales en materia penal [art. 4.b), c) y d)]. Este supuesto que en España no resulta posible desde la vertiente activa (en cuanto las autoridades españolas no podrían emitir una OEI en procedimientos administrativos de tipo sancionador al ser este tipo de sanciones recurribles únicamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa), sí tiene operatividad desde la vertiente pasiva. De este modo las autoridades judiciales españolas de ejecución sí podrán ser requeridas para reconocer y ejecutar una OEI acordada en ese tipo de procedimientos; pensemos por ejemplo en procedimientos administrativos de tipo sancionador seguidos frente a personas jurídicas en aquellos Estados miembros, como Italia o Alemania, que no prevén su responsabilidad penal. Más problemático resulta en cambio su requerimiento en relación con procedimientos de menor entidad (por ejemplo los referidos a multas de tráfico), pues la debida intelección del principio de proporcionalidad que ha de guiar la emisión de una OEI debería evitar recurrir a ella para tales casos menores.

²³ El sentido de esta exclusión suscita alguna duda cuando se trata de medidas que sin embargo en algunos ordenamientos domésticos precisan la autorización judicial para su adopción: por ejemplo, en España la vigilancia mediante dispositivos técnicos de seguimiento y localización —art. 588 quinquies b/ LECrim.—, medida de carácter judicial y no policial (RODRÍGUEZ-MEDEL, *Obtención...op. cit.*, nota 3, pp. 313 y 314).

Por lo demás, y como tendremos ocasión de ver más adelante, se trata de un supuesto respecto del que cabe un específico control mediante una adicional causa de denegación regulada en el art. 11.1 c) DOEI (que la medida de investigación solicitada no estuviese autorizada con arreglo al derecho del Estado de ejecución para un caso interno similar).

La amplitud del ámbito de aplicación de la OEI se refrenda además al ser posible su emisión en cualquiera de las fases del procedimiento penal: no solo durante la fase de investigación, que resulta el momento más usual de empleo del instrumento; también durante la fase de enjuiciamiento, como expresamente menciona el *considerando 25*; e incluso en fase de ejecución en los sistemas legales que admitan medidas de investigación en ese momento procesal (por ejemplo, investigaciones financieras encaminadas a averiguar la solvencia del condenado a fin de asegurar la ejecución de la sentencia).

V. AUTORIDADES COMPETENTES

La OEI se articula, como es propio de los instrumentos de reconocimiento mutuo, sobre una comunicación directa entre autoridades judiciales. Cabe distinguir, por tanto, entre una autoridad judicial de emisión y otra de ejecución, definidas en el art. 2 DOEI.

1. AUTORIDAD DE EMISIÓN

Destaca nuevamente en este punto la amplitud de los términos manejados en la DOEI, pues no solo comprende a una «autoridad judicial», entendiéndose por tal un «Juez, órgano jurisdiccional, Juez de instrucción, tribunal o fiscal competente para el asunto de que se trate». También cualquier autoridad competente, según la defina el Estado de emisión que, en el asunto específico de que se trate, actúe en calidad de autoridad de investigación en procesos penales y tenga competencia para ordenar la obtención de pruebas con arreglo al derecho nacional. En este caso es necesaria la «validación» de la OEI por una autoridad judicial en los términos anteriormente señalados (juez, tribunal, fiscal), validación que no tiene un carácter meramente formal, sino que — como el propio art. 2.c) ii) DOEI precisa— implicará un control judicial de las condiciones establecidas en el art. 6 (legalidad, admisibilidad, necesidad, proporcionalidad).

Tal amplitud se explica dada la disparidad de modelos procesales existentes en los veintiséis Estados miembros de la UE obligados por la directiva y atendida la necesidad de dar cabida a sistemas nacionales en que las compe-

tencias de investigación las detentan autoridades policiales o administrativas²⁴. Para estos casos será necesaria la validación por una autoridad judicial, como requisito indispensable para la emisión de la OEI; solo de ese modo podrá efectuarse el debido control previo acerca de la legalidad, necesidad, proporcionalidad y respeto de los derechos y garantías procesales del sospechoso o acusado previos. Como advierte Bachmaier Winter, se trata de una solución a la que se llegó tras las críticas recibidas por la inicial propuesta de directiva (que no exigía el carácter judicial de la autoridad de emisión) y que, sin dejar de ser peculiar, ha de ser elogiada por su pragmatismo al afrontar la necesidad de hacer efectiva la cooperación judicial en materia de prueba, venciendo las dificultades que dimanaban de la heterogeneidad de sistemas y culturas jurídicas²⁵.

En España la futura implementación en el seno de la LRM apuesta por una competencia compartida entre jueces y fiscales, distribuida entre unos y otros en función del carácter invasivo o no de la medida. De este modo la competencia para emitir OEI se confiere a «Jueces o Tribunales que conozcan del proceso penal en que se deba adoptar la medida de investigación o que hayan admitido la prueba si el procedimiento se encuentra en fase de enjuiciamiento», así como a fiscales que dirijan investigaciones para medidas que no afecten a derechos fundamentales²⁶.

Sean jueces y/o fiscales, se tratará, en todo caso, de autoridades judiciales en el sentido del instrumento, por lo que nunca será necesaria la «validación» judicial prevista por la DOEI para órdenes emitidas por autoridades no judiciales (policiales o administrativas).

2. AUTORIDAD DE EJECUCIÓN

Lo es aquella que tenga competencia para reconocer una OEI y asegurar su ejecución según el régimen interno del Estado de ejecución. En España la legislación de transposición proyectada ha optado por un modelo dual y distribuye la competencia para la ejecución entre jueces y fiscales en función de que la medida de investigación cuya ejecución se solicita sea limitativa o no de

²⁴ En algunos sistemas legales de *Common Law* y tradición anglosajona así como en algunos Estados nórdicos la investigación corresponde a autoridades policiales e incluso administrativas (de la Administración tributaria o aduaneras). Véase MAR JIMENO BULNES, «El proceso penal en los sistemas del *common law* y de *civil law*: los modelos acusatorio e inquisitivo en pleno siglo XXI», *Justicia*, núm. 2, 2013, pp. 201-304.

²⁵ BACHMAIER WINTER, «Transnational Evidence...», *op. cit.*, nota 3, pp. 48-49.

²⁶ Conforme a lo dispuesto en el art. 187 LRM según redacción dada por el AMLRM, en armonía con la Circular 4/2013, de la Fiscalía General del Estado, sobre las diligencias de investigación.

derechos fundamentales²⁷. Se trata de una solución perfectamente plausible y que sigue el modelo ya abierto por el exhorto europeo, aunque arroja algunas dudas sobre algunas consecuencias ulteriores cuando la competencia se asume por el fiscal (por ejemplo, carácter irrecurrible de sus decisiones) que deben ser tomadas en consideración y solventadas durante la tramitación legislativa.

A efectos de recepción de la orden y de su análisis previo opta directamente por un criterio funcional²⁸, residenciando esta función en el Ministerio Fiscal (MF). Se trata de una solución que encaja con lo previsto en el art. 3 apdo. 9 y apdo.15 de su Estatuto Orgánico y que resulta plenamente operativa atendida la estructura y organización de la Fiscalía española en torno al principio de especialización y coordinación centralizada²⁹.

En consecuencia, y además de reconocer y ejecutar todas aquellas medidas de investigación que entren dentro del ámbito funcional del MF en el procedimiento penal español, la Fiscalía es la encargada de recibir, acusar recibo, registrar todas las OEI que se reciban en España y asegurar su ejecución, incluso cuando la competencia final corresponda a un juzgado de acuerdo con la legislación española, caso en que la OEI será remitida por el Ministerio Fiscal al órgano judicial competente objetiva y territorialmente para su reconocimiento y ejecución³⁰. En este último supuesto la legislación proyectada

²⁷ Excede de las pretensiones de este trabajo entrar en el análisis y crítica de esta solución barajada por el prelegislador. Para una adecuada comprensión de los argumentos en pro de que la ejecución pueda llevarla a cabo el Ministerio Fiscal o se residencie exclusivamente en jueces véase, respectivamente, JIMÉNEZ-VILLAREJO, «Capítulo XII...», *op. cit.*, nota 6, pp. 4392-4416, y RODRÍGUEZ-MEDEL, *Obtención y admisibilidad...*, *op. cit.*, nota 3, pp. 396-403.

²⁸ En su adopción parece haber pesado el Informe de la sexta ronda de evaluaciones mutuas del grupo GENVAL del Consejo de la UE de 9 de octubre de 2014 sobre España, en cuyas conclusiones se indicaba que «El sistema procesal penal español es extremadamente complejo y fragmentario; la cooperación en materia penal se caracteriza por la multiplicidad de actores y la falta de coordinación general, y por la carencia de un instrumento general para seguir el curso de las solicitudes de asistencia judicial»; y entre las ocho recomendaciones principales, la segunda destacaba la necesidad de «Reflexionar sobre la función, atribuciones y obligaciones respectivas de todos los actores de la asistencia judicial en España (...) y sobre sus relaciones mutuas, y aclarar la situación al respecto a los demás Estados miembros con objeto de simplificar la cooperación judicial con España y reducir las lagunas y solapamientos».

²⁹ Véase ampliamente JIMÉNEZ-VILLAREJO, «Capítulo XII ...», *op. cit.*, nota 6, pp. 4397 y 4400.

³⁰ Fijando el proyectado art. 187.3 LRM las reglas de competencia objetiva (juzgados de instrucción, centrales de instrucción, central de lo penal y central de menores) y

(art. 187 LRM) exige que la remisión se acompañe de informe del fiscal en el que se pronuncie sobre la concurrencia o no de causa de denegación de la ejecución y si se entiende ajustada a derecho la adopción de cada una de las medidas de investigación que la orden contenga con el objetivo implícito de facilitar una aplicación homogénea del instrumento.

3. AUTORIDAD CENTRAL

La DOEI prevé también —art. 7.3— que los Estados puedan designar una autoridad central (o incluso más de una si su sistema jurídico lo permite) a efectos de auxiliar a las autoridades competentes. En España, la autoridad central es el Ministerio de Justicia, con unas funciones limitadas a tareas de mera asesoría, apoyo material y llevanza de estadísticas (art. 6 LRM).

VI. PRESUPUESTOS Y CONTENIDO DE LA OEI

Dado que es la autoridad de emisión la que está en la mejor situación para decidir, en función de los detalles de la investigación que lleva a cabo, a qué tipo de medida de investigación se debe recurrir, a ella se le confía la comprobación de la concurrencia de los presupuestos a que se condiciona la emisión de la OEI: necesidad, proporcionalidad y legalidad de la medida (art. 6 DOEI y proyectado nuevo art. 189 LRM).

Los dos primeros pueden considerarse íntimamente relacionados; especialmente si tenemos en cuenta que la primera de las exigencias que entraña el principio de proporcionalidad³¹ es precisamente que la medida sea necesaria para alcanzar el objetivo previsto; esto es, que la medida cuya práctica se solicita en el Estado de ejecución sea indispensable a los fines de la investigación que se desarrolla en el de emisión e idónea para obtener mediante su ejecución los datos o pruebas necesarios.

La proporcionalidad en sentido estricto, que no define la DOEI ni tampoco explica de manera suficiente el *considerando* 11, aludiría a la ponderación

territorial (que siguen el criterio del lugar donde deban practicarse las medidas, completándolo con otros criterios de conexión alternativos).

³¹ Sobre este punto véase Nicolás GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990, y específicamente para la OEI, Lorena BACHMAIER WINTER, «La Orden Europea de Investigación y el principio de proporcionalidad», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 25, 2011.

que ha de efectuarse entre la medida de investigación solicitada en relación con la gravedad del delito investigado, el grado de afección en la esfera individual de los sujetos afectados por su práctica (singularmente los derechos del sospechosos o acusado) y la inexistencia de una medida menos gravosa, pero de idéntica eficacia, alternativa a la que se pretende incluir en la OEI. Sin duda este es el extremo que entraña una mayor complejidad para la valoración por la autoridad de emisión, si bien para su concreción cabe recurrir a la doctrina consolidada del TEDH³² y del TJUE³³ sobre el particular, incluyendo los extremos que hemos indicado. Es más, habría que tomar en consideración, igualmente, las recomendaciones que se han efectuado tras la evaluación de otros instrumentos de reconocimiento mutuo (singularmente, de la euroorden)³⁴ en el sentido de que el test de proporcionalidad debería valorar también hasta qué punto procede o no implicar a otro Estado miembro en la obtención de dicha prueba por medio de la emisión de una OEI. Es conveniente explorar previamente las posibilidades del auxilio informal antes de recurrir a la emisión de una OEI, puesto que en muchos casos la autoridad requerida podría dar una respuesta puntual y eficaz a una solicitud planteada de este modo, especialmente cuando se trata de informaciones «rutinarias» y que no precisan de medidas coercitivas en el Estado requerido sin que haya razón alguna para que sean excluidas como material probatorio en el Estado requirente. Y, asimismo, y de cara a emitir una OEI, tener presente los costes de su ejecución que, como regla general, recaerán sobre el Estado de ejecución, sin perjuicio de que si la autoridad de ejecución los considera excepcionales pueda abrir un trámite de consulta con la de emisión sobre la posibilidad de realizar un reparto que, en caso de no desembocar en un acuerdo, puede conducir a una retirada de la OEI por la autoridad de emisión (art. 21 DOEI); de ahí la conveniencia de efectuar esta valoración con carácter previo.

Finalmente, y en lo relativo al requisito de la legalidad, se deduce de lo establecido, con escasa precisión terminológica, en el art. 6.1.b) DOEI cuando indica que la medida de investigación contenida en la OEI «podría haberse

³² Por ejemplo, SSTEDH *Miailhe v. Francia*, 25 febrero 1993; *Niemitz v. Alemania*, 16 diciembre 1996; *Z. v. Finlandia*, 25 febrero 1997; *Smirnov v. Rusia*, 12 noviembre 2007.

³³ Por ejemplo en las sentencias (Gran Sala) de 5 de abril de 2016 en los asuntos acumulados *Caldararu y Aranyosi*, C-404/15 y C-659/15 PPU, EU:C:2016:198, y de 6 de septiembre de 2016, asunto *Petruhhin*, C-182/15, EU:C:2016/630, en relación ambas con la euroorden.

³⁴ Véase la última *Versión revisada del Manual europeo para la emisión de órdenes de detención europeas*, publicada en el DOUE C 335, de 6 de octubre de 2017.

dictado en las mismas condiciones» para un caso interno similar. Con ello se alude a que la medida de investigación de hecho tiene que haberse acordado en el procedimiento nacional de origen por estar prevista en la legislación interna y permitido su empleo para ese caso concreto, sirviendo la OEI únicamente de instrumento para su transmisión a otro Estado miembro al efecto de que las autoridades judiciales competentes de ese Estado acuerden su ejecución³⁵. Con este requisito se persigue evitar el llamado «*forum shopping* probatorio», recabándose fuera del Estado en que se tramita el procedimiento, lo que no podría haberse acordado para un caso interno similar. De modo que no pueda emitirse una OEI para obviar el cumplimiento de obligaciones legales que son de aplicación en una jurisdicción, pero no en otra.

Cumplidos los tres presupuestos indicados (necesidad, proporcionalidad y legalidad), la emisión de la OEI se realizará cumplimentando el formulario al efecto³⁶, firmado por la autoridad de emisión que certificará como exactas y correctas las informaciones que contiene referidas a los extremos que indica el art. 5 DOEI, coincidente en lo esencial con el que se proyecta incluir en el art. 188 LRM. Extremos referidos, en primer lugar, a los datos de la autoridad de emisión y, cuando proceda, de la «validadora» (previsión esta última ausente en el proyectado texto español, al no ser posible el supuesto de base, según lo ya adelantado). Además, y en segundo lugar, una serie de datos de tipo objetivo que incluyen el objeto y motivos de la OEI (entendiendo por tales los hechos que son objeto de investigación y para cuyo esclarecimiento resulta necesaria la medida de investigación que se ordena); la descripción de la conducta delictiva que es objeto de la investigación o proceso y disposiciones aplicables del derecho penal del Estado de emisión (en nuestro caso, derecho penal español); la medida o medidas de investigación que se solicitan, y pruebas a obtener mediante la misma, así como información necesaria sobre las personas afectadas. Y, por último, formalidades y procedimientos cuya observancia solicita que sean respetadas por el Estado de ejecución³⁷.

Se trata de cuestiones respecto de las cuales es difícil precisar el grado de detalle con el que deben ser concretados el anexo. Algunas (por ejemplo la conducta delictiva que se está investigando), por ser una constante en los diversos instrumentos de reconocimiento mutuo, es bien sabido que conviene

³⁵ Como con terminología mucho más clara aparece en el art. 189.1 LRM según redacción del AMLRM.

³⁶ El del anexo A de la Directiva que se corresponderá en su día con el anexo XIII LRM.

³⁷ Extremo este último no enunciado en el art. 5 DOEI, aunque sí en otros preceptos (art. 9.2) y que el prelegislador español ha considerado conveniente incorporar en este artículo.

describirlas con una cierta amplitud, procurando hacer un resumen de los hechos suficientemente expresivo para permitir el control de la doble incriminación al que en muchos casos puede estar sometido este instrumento. Pero las restantes pueden resultar más complejas, y si a juicio de la autoridad de ejecución se aprecia una falta de detalle en la descripción requerida, la solución a adoptar será acudir a una consulta directa entre ambas autoridades implicadas. Por ello, y puesto que la ejecución de las órdenes solicitadas se realizará conforme a las normas del Estado de ejecución, salvo que sea requerida expresamente la observancia de alguna formalidad concreta, es muy importante que la autoridad española efectúe con claridad la petición de cumplimiento de las formalidades necesarias para que la diligencia o prueba sean válidas conforme al ordenamiento español.

Al margen de este contenido básico de la OEI, la estructura del anexo pone de manifiesto el diferente tratamiento que la DOEI (y, naturalmente, también la futura norma de implementación española) dispensa para determinadas medidas de investigación³⁸, dedicando una sección concreta (la «H») a su enumeración.

VII. EMISIÓN DE LA OEI

La directiva establece unas líneas básicas del procedimiento a seguir para su emisión y transmisión al Estado de ejecución que la proyectada reforma de la LRM incorpora en el capítulo II del título X.

1. EVENTUAL SOLICITUD DE PARTE

Sentado que es la autoridad judicial de emisión la que debe valorar la conveniencia de emitir la orden, la directiva prevé que esta emisión pueda realizarse no solo a los únicos efectos de la investigación y con vistas a la obtención de pruebas necesarias para la acusación, sino también para obtener pruebas de descargo por la defensa.

Así se reconoce en el art. 1.3 cuando admite la emisión de una OEI a solicitud de la «persona sospechosa o acusada (o por un abogado en su nombre) en el marco de los derechos de la defensa aplicables de conformidad con el procedimiento penal nacional». Y con ello sale al paso de una de las críticas habituales a los instrumentos de reconocimiento mutuo: centrarse casi en ex-

³⁸ Véanse capítulos IV, V y VI DOEI y la nueva sección 2ª del capítulo II del título X LRM.

clusiva en procurar beneficios inmediatos a las autoridades encargadas en el proceso de la investigación y acusación, olvidando la posición de la defensa y acentuando la posición de desigualdad de las partes.

En España, la LRM en la actualidad ya prevé expresamente esta posibilidad de intervención con carácter general para los distintos instrumentos de reconocimiento mutuo que regula —art. 22. 1) y 3)—. Pero además, y en armonía con las particularidades de nuestro sistema procesal penal en que junto al MF se permite la personación de otras acusaciones, la proyectada ley de transposición emplea una terminología genérica que da cabida a que la petición pueda proceder de tales sujetos: «La autoridad de emisión podrá emitir, de oficio, a instancia de parte, una OEI (...)» (nuevo art. 189.1 LRM).

Sin embargo, y a diferencia de otros instrumentos de reconocimiento mutuo, el prelegislador ha omitido establecer aquí un trámite de audiencia a las partes³⁹ (en principio conveniente, salvo que esté decretado el secreto, en cuyo caso únicamente se daría traslado al MF).

2. DOCUMENTACIÓN DE LA OEI

Aunque nada se dice en el texto proyectado, la emisión de la OEI exige el dictado de un auto, si la emite un juez, o un decreto, si lo hace el fiscal, en el que acuerde la medida de investigación y justifique el cumplimiento de las condiciones exigidas por el futuro art. 188 LRM y que hacen posible su transmisión a un concreto Estado miembro, con explicación justificativa de cualquier exigencia particular que pueda contener (por ejemplo, adopción en un plazo más breve al general según permite el art. 189.2 LRM; observancia en la ejecución de la medida de determinadas formalidades propias de la LE-Crim. —al amparo de lo establecido en el art. 188.2.f) LRM— o petición de que en ella participe una autoridad española —art. 191 LRM—, etc).

Además, y en función de la autoridad que hubiera acordado la medida de investigación, debe tenerse en cuenta que si fuera un órgano judicial (juez

³⁹ Algo que se explica (que no justifica) ante el silencio que la norma de base guarda también sobre este punto, pues únicamente la contempla con referencia a medidas concretas (por ejemplo, los arts. 22.3 —traslado temporal de detenidos—, 24.5 —comparecencia por videoconferencia u otro medio de transmisión audiovisual—). No obstante, tal posibilidad se deduce de la obligación de respeto de derechos fundamentales contenida en el art. 1.4 con cita expresa del «derecho de defensa de las personas imputadas en un proceso penal» y en el preámbulo (*considerandos* 18 y 19). Todo ello sin perjuicio de las excepciones que la exigencia de confidencialidad o secreto de la ejecución de determinadas medidas de investigación pueda retrasar dicha intervención al momento procesal oportuno, sin merma del derecho de defensa.

o tribunal)⁴⁰, el auto dictado (tanto si acuerda como si deniega la medida interesada) es susceptible de recurso, algo que no queda suficientemente claro en la norma general en materia de instrumentos de reconocimiento mutuo recogida en el art. 13.1 LRM (cuya modificación no se ha previsto) y de conformidad con lo establecido en la DOEI, cuyo art. 14 obliga a los Estados miembros a facilitar vías de recurso equivalentes a las existentes en un caso interno similar y en idénticos plazos, teniendo en cuenta que la OEI únicamente podrá impugnarse por motivos de fondo ante la autoridad de emisión. A esta le corresponde informar a las partes interesadas de la existencia de tales medios de impugnación siempre que no socave la confidencialidad de la investigación, y notificar a la autoridad de ejecución la pendencia del recurso que en ningún caso tendrá carácter suspensivo.

La OEI deberá documentarse en el formulario que figura como anexo A en la DOEI (y XIII LRM). Recordemos que, al haberse configurado este instrumento probatorio como una auténtica orden, basta la cumplimentación de este formulario para contar con un título ejecutivo europeo. Y, por tanto, será suficiente con el envío del formulario firmado por la autoridad competente y traducido al idioma oficial del Estado de ejecución o a aquel otro idioma de la UE que haya admitido el Estado y haya notificado a la Comisión de conformidad con los arts. 5.2 y 33. 1 b) DOEI⁴¹ y 7.3 LRM.

Mención aparte merece el supuesto particular que permite la DOEI de llevar a cabo intervenciones telefónicas de personas que se hallen en el territorio de otros Estados miembros sin que sea precisa la asistencia técnica de autoridades de dicho Estado, caso en que no habrá de emitirse propiamente una OEI limitándose a la notificación prevista en el proyectado art. 204 LRM, cumplimentando el formulario del anexo XV LRM.

3. TRANSMISIÓN

Se acude al procedimiento de transmisión directa entre las autoridades de emisión y ejecución implicadas, por cualquier medio que deje constancia

⁴⁰ Si la OEI se emitiera en unas diligencias de investigación de fiscalía, el decreto no será recurrible de conformidad con lo establecido en el art. 13.4 LRM.

⁴¹ Véanse los términos empleados en el art. 5.2 con los del *considerando* 14º DOEI. Ambos coinciden en la exigencia a los Estados miembros de que incorporen junto a su lengua o lenguas oficiales al menos otra igualmente admisible para remitir la OEI (lo que supone una novedad frente al carácter facultativo de otros instrumentos de reconocimiento mutuo), aunque luego difieren en cuanto a que esta lengua adicional sea una «de uso común en la Unión» (*considerando* 14º) o una de las «lenguas oficiales de las instituciones europeas» (art.5.2, que restringiría así la elección al inglés o al francés).

escrita en condiciones que permitan establecer su autenticidad, con eventual intervención de las autoridades centrales para prestar la asistencia que fuera necesaria, sin que la LRM (art. 8.1) sea demasiado explícita en cuanto a qué medios son admisibles para la transmisión de las resoluciones.

Para esta transmisión, y también de manera coincidente con otros instrumentos de reconocimiento mutuo, se menciona expresamente la posibilidad de hacer uso del sistema de telecomunicaciones de la Red Judicial Europea y se permite el recurso a sus puntos de contacto para averiguar con carácter previo la autoridad del Estado de ejecución a la que se debe transmitir la orden, como también podrá acudir a tales efectos —en casos de urgencia y con carácter subsidiario— al miembro nacional de Eurojust o al sistema nacional de coordinación de Eurojust. Todo ello sin perjuicio de la obligación impuesta a la autoridad que reciba la orden de transmitirla de oficio a la competente, si ella no lo fuera, para el reconocimiento y ejecución solicitado.

Guardan silencio tanto la DOEI como la LRM sobre las circunstancias de transmisión cuando haya más de un Estado implicado sin contemplar la posibilidad de una transmisión simultánea o sucesiva a varios Estados de OEIs con similar contenido (por ejemplo para el caso de que se desconociera cuál de ellos pudiera ejecutar la medida) ni la necesidad de una coordinación en la ejecución de las mismas, como tampoco se plantean supuestos en los que dos o más Estados miembros hubieran emitido una OEI en relación con la misma persona o con las mismas diligencias de investigación —olvidando el relevante papel que en determinados casos podría asumir Eurojust⁴²— a fin de recomendar a las autoridades implicadas qué OEI sea reconocida y ejecutada por la autoridad judicial de ejecución, sin que se establezca tampoco criterio alguno para resolver esta situación de conflicto valorando las circunstancias concurrentes, como el lugar y la gravedad relativa de los delitos o las respectivas fechas de las distintas OEI.

4. ACTUACIONES ULTERIORES

Cuando España actúe como Estado de emisión, la regulación proyectada prevé que el papel de la autoridad de emisión no se limite a la eventual solicitud de información adicional a la de ejecución para facilitar o agilizar la

⁴² Pese al inexplicable silencio al respecto del art. 7 DOEI, pues la única alusión de carácter incidental se contiene en el *considerando* 13 cuando menciona a Eurojust junto a la Red Judicial Europea como un canal más de transmisión de la OEI, olvidando el papel facilitador que ha de tener en su ejecución. Véase sobre el particular la crítica de JIMÉNEZ-VILLAREJO, «Capítulo XII...», *op. cit.*, nota 6, pp. 4426-4430.

ejecución de la medida (art. 190 LRM), pudiendo llegar a participar de manera activa en ella si la autoridad competente de ejecución lo admite ante la justificación que se proporcione (art. 191 LRM); pensemos, por ejemplo, en una petición de participación de apoyo dirigida a asegurar la validez ulterior de la prueba en el proceso nacional garantizando la cadena de custodia. Cabe también una actuación ulterior para retirar, modificar o completar la OEI (art. 192 LRM). Y para expedir una OEI complementaria (art. 188.2 LRM) ajustada a idéntico procedimiento de emisión que el ya señalado, salvo que se halle en el territorio del Estado de ejecución, caso en que podrá efectuar la transmisión de manera directa.

5. ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA OBTENIDA POR MEDIO DE LA OEI

La DOEI no regula este extremo, limitándose a indicar (art. 14.7) que la impugnación que prospere contra el reconocimiento y ejecución de una OEI será tenida en cuenta por el Estado de emisión con arreglo a su propio derecho interno y que, sin perjuicio de las normas procesales internas, los Estados miembros velarán por que en los procesos penales del Estado de emisión se respeten los derechos de la defensa y la equidad del proceso al evaluar las pruebas obtenidas a través de la OEI. De este modo se difieren a la legislación interna de los Estados las consecuencias de la eventual declaración de ilicitud de la prueba, solución insatisfactoria por soslayar la cuestión de la armonización legislativa en materia probatoria⁴³, pero políticamente más realista para lograr la aprobación de la directiva⁴⁴.

La ley de transposición española guarda también silencio, pues las únicas previsiones al respecto se recogen en el art. 189.3 LRM cuando indica que «Se considerarán válidos en España los actos de investigación realizados por el Estado de ejecución, siempre que no contradigan los principios fundamentales del ordenamiento jurídico español» y en el art. 193, que regula la utilización en España de los datos personales obtenidos en la ejecución de la OEI limitados al proceso penal en el que se hubiera emitido la orden, otros que estuvie-

⁴³ Véanse, entre otros, Elena MARTÍNEZ GARCÍA, *La orden europea de investigación: actos de investigación, ilicitud de prueba y cooperación judicial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 174; Isabel GONZÁLEZ CANO, «Nuevos paradigmas de la cooperación judicial penal en la Unión Europea», en Silvia BARONA VILAR (ed.), *Justicia civil y penal en la era global*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 361-362; JIMENO, «Orden europea...», *op. cit.*, nota 3, p. 198.

⁴⁴ Así RODRÍGUEZ-MEDEL, *Obtención y admisibilidad...*, *op. cit.*, nota 3, pp. 535-537.

ran directamente relacionados con aquel o, excepcionalmente, para prevenir una amenaza inmediata y grave para la seguridad pública.

Recordemos, no obstante, que si tanto la DOEI como la LRM admiten cierto juego de la *lex fori* al poder solicitar la autoridad de emisión que la ejecución se ajuste a determinadas formalidades, tal juego se permite precisamente con la finalidad de que puedan cumplirse en la medida de lo posible determinadas exigencias y garantías procesales previstas en el ordenamiento interno de la autoridad de emisión.

VIII. EJECUCIÓN DE LA OEI

Recibido el certificado (anexo A DOEI que tiene su reflejo en el XIII LRM) por la autoridad competente (en España, a efectos de recepción, en todo caso el Ministerio Fiscal), esta deberá registrarla y acusar recibo en el plazo máximo de una semana después de su recepción⁴⁵, empleando el formulario al efecto (anexo B DOEI y XIV LRM).

A diferencia de lo que sucedía en la vertiente activa, en la pasiva la LRM concreta algo más lo relativo a las modalidades en que ha podido ser transmitida la OEI, y en su art. 18 admite la recepción por correo certificado o medios informáticos o telemáticos si los documentos están firmados electrónicamente y permiten verificar la autenticidad. Se admite también el fax, aunque exigiendo el posterior envío de la documentación original, que es la que marca el inicio del cómputo de los plazos. Y la práctica procesal suele mantener un criterio muy amplio para la admisión del uso del correo electrónico, incluso sin firma electrónica, con la comprobación posterior por cualquier medio⁴⁶.

Si la OEI se hubiera recibido por una autoridad no competente, existe idéntica obligación de acusar recibo en plazo, que se suma a la de proceder de oficio a su remisión a la que sea competente dentro del Estado de ejecución (arts. 7.6 y 16.1.III LRM), con la única excepción de que la OEI hubiera sido emitida por una autoridad no competente, caso en que la autoridad española

⁴⁵ Tal obligación del art. 16.1 DOEI se recogerá en los arts. 187.2. II y 212.1 LRM, si bien no parece que la ubicación sistemática elegida —al menos la del último precepto, situado casi al final de la sección— sea la más correcta.

⁴⁶ Así lo indica Rosa Ana MORÁN MARTÍNEZ, «Parte general de la ley 23/2014, de 20 de noviembre de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea», ponencia del curso de formación sobre «Reconocimiento mutuo de las resoluciones penales en el marco de la Unión Europea», Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, pp. 20-21.

deberá devolverla a la de emisión sin más trámite (art. 9.3 DOEI y art. 205.2 LRM).

El formulario conteniendo la OEI deberá recibirse en la lengua oficial del Estado de ejecución o en aquella o aquellas adicionales de la UE que haya aceptado y notificado a la Comisión de conformidad con los arts. 5.2, 5.3 y 33.1.b) DOEI; en otro caso se devolverá inmediatamente a la autoridad judicial del Estado emisor para que lleve a cabo la traducción del mismo.

El nuevo régimen lingüístico establecido por la DOEI reclamando a los Estados miembros la designación de, al menos, otra lengua de la UE que se sume a la oficial (u oficiales) de ese Estado no ha sido convenientemente atendido en el anteproyecto español, ya que si bien alguno de los nuevos preceptos específicos parece acogerlo (por ejemplo el art. 212.2.a) *in fine* LRM), no se ha reflejado en cambio en las normas generales de la LRM cuyos arts. 7.3 y 17 siguen fijando el español como única lengua de recepción de los formularios y certificados de los distintos instrumentos de reconocimiento mutuo.

Si el formulario está incompleto o es manifiestamente incorrecto, deberá informar de inmediato por cualquier medio a la autoridad de emisión para que proceda a completarlo o a su subsanación.

Acusado recibo y registrada la OEI, el procedimiento incoado se diversifica en función de que la competencia para el reconocimiento y ejecución de la medida, por no afectar a derechos fundamentales, la detente el fiscal (o, de afectarlos, pueda ser sustituida por otra que no lo haga y se acepte por la autoridad de emisión), caso en que discurrirá ante él el procedimiento y, de concurrir los requisitos al efecto, dictará en su día un decreto de reconocimiento⁴⁷. O bien, y por afectar a derechos fundamentales, deba ser un juez quien realice tal cometido mediante el oportuno auto, caso este en que el MF deberá remitir la OEI al que considere competente (de instrucción, central de instrucción, central de lo penal o central de menores) conforme a las reglas que establecen los proyectados arts. 187.2 b) y 187.3 LRM, acompañada del preceptivo informe en el que se pronuncie sobre la eventual concurrencia de causas de denegación⁴⁸.

El art. 22 LRM obliga a notificar al afectado que tenga su domicilio o residencia en España las órdenes extranjeras cuya ejecución se haya solicitado. Por supuesto, se excepciona en este artículo tal notificación cuando la autori-

⁴⁷ Véanse los arts. 205.1 y 187.2 en relación con 207.2 y 3 LRM, conforme redacción dada por anteproyecto.

⁴⁸ La coordinación entre ambas autoridades se recoge además en el párrafo final del art. 187 LRM, que incorpora la obligación a cargo del juez de notificar al MF el reconocimiento y ejecución de las medidas y su remisión a la autoridad de emisión.

dad extranjera hubiera declarado el secreto, solicitado la confidencialidad, o cuando la propia naturaleza de la resolución a ejecutar suponga que su conocimiento por el afectado pueda frustrar la ejecución de la diligencia de que se trate.

1. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN

Como regla general, se apuesta por el reconocimiento sin mayor formalidad (efectuado en 30 días tras la recepción de la OEI, prorrogables por otros 30 previa información a la autoridad de emisión de las causas que lo justifican) y posterior ejecución de la medida de investigación solicitada, efectuada en los 90 días siguientes y sin perjuicio de una eventual prórroga si concurrieran razones que lo impidan tras consultar con la autoridad de emisión. Además de estos plazos generales (fijados en el art. 12 DOEI y en su precepto espejo de la LRM, art. 210), se establecen plazos específicos sensiblemente más reducidos para algunos tipos de medidas (así para las cautelares, en el art. 32.2 DOEI y 223 LRM, y para la intervención de telecomunicaciones sin asistencia técnica del Estado de ejecución, art. 31.3 DOEI y 22 LRM).

En principio la ejecución se ha de efectuar en sus propios términos; esto es, con la adopción de la medida que se hubiera solicitado siempre que existiera en derecho español y estuviera prevista para un caso interno similar⁴⁹. Y realizarse además conforme a las normas procesales españolas (*lex loci*), pero con observancia de las formalidades o procedimientos indicados por la autoridad de emisión (*lex fori*) salvo que sean contrarios a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico español, caso en que deberá informar de ello a la autoridad de emisión⁵⁰. Se introduce así un acertado elemento de flexibilidad acogiendo planteamientos ya previstos en el Convenio de asistencia mutua entre Estados miembros de la UE de 2000 con la finalidad de evitar que la prueba obtenida resulte finalmente ineficaz por no cumplir los estándares probatorios del Estado de emisión.

En su caso podrá estar presente una autoridad del Estado de emisión si así se hubiere solicitado y no fuera contraria a los principios jurídicos fundamentales ni perjudique los intereses esenciales de la seguridad nacional, en los generosos términos establecidos en la directiva (art. 9) y que se proyectan trasladar a la LRM (art. 206), posibilidad esta que puede contribuir de manera decisiva a la eficacia práctica de la medida asegurando la admisibilidad de

⁴⁹ Véase el art. 207.1 LRM conforme redacción proporcionada por el anteproyecto de ley que la modifica.

⁵⁰ Art.16.2.c) DOEI y vigente art. 21.2 LRM y proyectado art. 212.2 c) LRM.

los elementos de prueba obtenidos. Su presencia en la ejecución de la diligencia puede propiciar la emisión sobre el terreno de una OEI complementaria cuando así lo aconsejen los resultados de la diligencia practicada⁵¹. Fuera de este caso, la autoridad española de ejecución no podrá ejecutar más medidas que aquellas interesadas inicialmente en la OEI por la autoridad de emisión; si con ocasión de la referida ejecución apreciara de oficio la conveniencia de practicar otras diligencias adicionales, deberá comunicarlo de inmediato a la autoridad de emisión para que esta, si lo considera oportuno, expida una OEI complementaria que las recoja⁵².

Dentro de esta regla general de reconocimiento y ejecución analizada cabe una variante consistente en el reconocimiento de la orden pero con sustitución de la medida de investigación interesada por otra análoga y menos restrictiva de derechos fundamentales, previa información a la autoridad de emisión que, ante tal solución, puede optar por retirar el certificado o completar la OEI.

Se trata de una sustitución que en la legislación española proyectada se prevé con carácter obligatorio en tres supuestos diversos. En primer lugar, siempre que la medida sustitutiva consiga el mismo resultado por medios menos incisivos (esto es, aplicándose aquí el componente del recurso a la *alternativa menos gravosa* propia del principio de proporcionalidad que informa la regulación de la OEI)⁵³. También si la medida contenida en la OEI no está prevista en la legislación interna o lo está pero para otro tipo de delitos y no se trata de una de las cinco medidas enumeradas en el art. 10.2 DOEI (y 207.1 de su futuro artículo espejo de la LRM) que necesariamente deben estar disponibles en las legislaciones internas de los Estados miembros, provocando, al menos en este extremo, un cierto efecto armonizador de las legislaciones procesales europeas siguiendo el ejemplo de otros instrumentos de reconocimiento mutuo⁵⁴. Se trata de: a) la obtención de información o de pruebas que obren ya en poder de la autoridad de ejecución siempre que, de conformidad

⁵¹ Y que exigirá, al cumplimentar el nuevo formulario, cubrir de manera específica la sección D del anexo pudiendo entregarse directamente a la de ejecución española si sigue en España (nuevo art. 210.2 LRM).

⁵² Art. 16.2.b) en relación con art. 8 apartado 1) y 3) DOEI y nuevo art. 212.2. b) LRM.

⁵³ Con ello va más allá de la DOEI que mencionaba este supuesto (art. 10.3) como meramente facultativo para la autoridad de ejecución; el carácter más tuitivo y garante de la legislación española se ha impuesto.

⁵⁴ Por ejemplo en la orden europea de vigilancia (medidas sustitutivas de la prisión provisional, Decisión marco 2009/829/JAI) o en la orden europea de protección (Directiva 2011/99/UE).

con el derecho nacional, esa información o esas pruebas hubieran podido obtenerse en el contexto de un procedimiento penal o a los fines de la OEI; b) la obtención de información contenida en bases de datos que obren en poder de las autoridades policiales o judiciales y que sean directamente accesibles en el marco de un procedimiento penal; c) la declaración de un testigo, un perito, una víctima, un investigado o un encausado o un tercero en territorio español; d) cualquier medida de investigación no invasiva definida con arreglo al derecho nacional; e) la identificación de personas que sean titulares de un número de teléfono o una dirección IP determinados.

Frente a la resolución que acuerde el reconocimiento y posterior ejecución, si procediera de un juez podrán ejercitarse «los recursos que procedan conforme a las reglas generales previstas en la LECrim.» (art. 24 LRM). Dado que la resolución de reconocimiento debe revestir (por aplicación de tales normas generales) forma de auto, cabrá interponer recurso de reforma (potestativo) y de apelación, que podrá formularse de forma subsidiaria al de reforma o por separado y que carecerá de efecto suspensivo salvo «cuando pudiera crear situaciones irreversibles o causar perjuicios de imposible o difícil reparación». En este caso se prevé que se adopten las medidas cautelares que permitan asegurar la eficacia de la resolución. No cabrá recurso, en cambio, si por resultar competente el MF la decisión (decreto) proviniera de él (art. 24.4 LRM).

Por lo demás, ejecutada la OEI el nuevo art. 211 LRM se ocupará de regular las condiciones del traslado de las fuentes de prueba obtenidas a la autoridad de emisión, su posible traslado temporal, su eventual suspensión (de haberse interpuesto un recurso y con el traslado se cause un daño grave e irreversible al interesado) y su devolución al Estado de ejecución una vez utilizada en el de emisión si así se hubiere indicado.

2. RECONOCIMIENTO, PERO NO EJECUCIÓN

La clara diferenciación que en la DOEI se efectúa entre reconocimiento y ejecución, con distintos plazos para uno y otro trámite, posibilita que pueda reconocerse la OEI pero no llevarse a cabo la posterior ejecución. Esta situación, que distingue Rodríguez-Medel Nieto⁵⁵, puede producirse en aquellos casos en que pese a la concurrencia de los presupuestos necesarios para el

⁵⁵ En su obra *Obtención y admisibilidad...*, *op. cit.*, nota 3, pp. 408-409, a la que seguimos en este punto, y que reconduce también a esta categoría (aunque se trate de una situación algo diversa) los supuestos de reconocimiento con aplazamiento de la ejecución a que se refieren los arts. 15 DOEI (potencial perjuicio que la ejecución pudiese causar para una investigación o actuación judicial penal en curso) y 16.1 DOEI

reconocimiento (formulario correcto, completo, emitido o validado por una autoridad judicial y traducido a uno de los idiomas admitidos por el Estado de ejecución) la medida no existe en el derecho nacional del Estado de ejecución (o no existe para un caso similar) y no hay medida sustitutiva disponible. En tal supuesto habrá que comunicar a la autoridad de emisión «que no ha sido posible proporcionar la asistencia requerida», lo que no puede asimilarse a un no reconocimiento sino que se trata de un supuesto de imposibilidad de ejecución (art. 10.5 DOEI y nuevo art. 207.5 LRM).

También en los casos de desacuerdo con la autoridad de emisión sobre las condiciones de ejecución de la diligencia de investigación (por ejemplo para la entrega vigilada o para el traslado de detenidos —arts. 28.2 y 22.5 DOEI y nuevos arts. 220.1.b y 214.2 LRM—).

3. DENEGACIÓN DEL RECONOCIMIENTO

Como es propio de los instrumentos de reconocimiento mutuo, la denegación del reconocimiento queda limitada a la concurrencia de causas de denegación tasadas. La directiva hace una asistemática y compleja regulación de estas causas (configuradas todas ellas como facultativas) que componen un amplio listado diseminado a lo largo del articulado, pues al precepto que en apariencia las enuncia con carácter general (art. 11) hay que añadir la potencial vulneración de derechos fundamentales que pueda entrañar su ejecución [art. 11. 1.f) y *considerando* 19º]. Y sumar, asimismo, otras específicas para las concretas medidas de investigación reguladas en los capítulos IV y V. Y en idénticos defectos incide también el anteproyecto español, pues además de configurar como obligatorias todas estas causas, las distribuye entre un precepto concreto (el art. 208) al que suma (merced a la remisión expresa que desde aquí efectúa) todas las que figuran en el vigente art. 32.1 LRM, algunas de las cuales, por cierto, repiten las de aquel. Sin olvidar otras muchas causas de denegación que se recogen para las medidas específicas en los nuevos arts. 214 a 221 LRM.

Nos limitaremos, en este punto, a sistematizar sucintamente las causas generales del art. 208, ante la imposibilidad de proceder a realizar en estas páginas un examen mínimamente riguroso de todas ellas, omisión mitigada por el hecho de ser comunes en buena medida a todos los instrumentos de

(objetos o datos requeridos que están siendo empleados en otro proceso) así como el nuevo art. 209 LRM.

reconocimiento mutuo y haber sido objeto de estudio en numerosos y excelentes trabajos⁵⁶.

Entre las causas generales y comunes a todas las medidas de investigación aparecen las ya clásicas de *inmunidad o privilegio* en el derecho español (siempre que no haya prosperado su levantamiento en virtud de la solicitud realizada conforme el art. 31 LRM); *territorialidad*, por referirse la OEI a un hecho punible cometido fuera del territorio del Estado de emisión, pero total o parcialmente en España (Estado de ejecución) donde tal conducta no es constitutiva de delito; vulneración del principio *ne bis in ídem*, cuyo alcance y significado ha sido precisado por el TJUE; *doble incriminación*, salvo que se trate de un hecho punible incluido en la ya clásica *eurolista* de delitos (que la LRM recoge en el art. 20.1) que esté sancionado en el Estado de emisión con una pena (o una medida de seguridad) privativa de libertad de un máximo de al menos tres años. Esta última causa de denegación, así como la referida a la imposibilidad legal de ejecutar la medida por no haber para caso interno análogo al estar reservada a determinadas categorías delictivas o a delitos que superen un determinado umbral punitivo, no pueden invocarse si la medida de investigación solicitada en la OEI es una de las que obligatoriamente deben estar disponibles en las legislaciones de los Estados miembros; además, y a diferencia de las otras causas de denegación anteriormente indicadas, no exigen, para su aplicación, hacer consulta previa alguna a la autoridad de emisión⁵⁷.

A ellas se suman otras dos que requieren, por motivos diversos, un mínimo comentario.

Por una parte, la referida a que la ejecución de la OEI pudiera dañar intereses esenciales de seguridad nacional, comprometer o poner en peligro a la fuente de prueba o implicar la utilización de información clasificada relacionada con determinadas actividades de inteligencia, exigiéndose aquí también la consulta previa a la autoridad de emisión antes de proceder a la denegación. El carácter excesivamente abierto con que esta causa aparece enunciada hace

⁵⁶ Véase, sobre la regulación general en la LRM de las causas de denegación, MORÁN «Parte general...», *op. cit.* nota 46, pp. 27-40. Sobre las causas de denegación de la OEI, véanse especialmente RODRÍGUEZ-MEDEL, *Obtención y admisibilidad...*, *op. cit.* nota 3, pp. 416-457; BACHMAIER WINTER «La propuesta de Directiva...», *op. cit.*, nota 3; Regina GARCIMARTÍN MONTERO, «The European Investigation Order and de Respect for Fundamental Rights in Criminal Investigations», *Eucrim*, nº 1, 2017, pp. 45-49.

⁵⁷ Si bien, tratándose de la denegación por imposibilidad legal, conviene agotar previamente las posibilidades de sustitución en atención a lo previsto en el art. 10.1.b) DOEI (y nuevo art. 207.3 LRM).

previsible que las autoridades de ejecución adopten soluciones muy diversas al aplicarla, habiéndose apuntado como criterio recomendable proceder de modo análogo a como se actuaría si la información requerida fuese necesaria para una investigación penal doméstica.

Por otra parte, y especialmente relevante, el novedoso motivo consistente —en terminología de la DOEI— en la existencia de un riesgo probable de vulneración de los derechos fundamentales si se ejecuta la medida de investigación. Se trata de una relevante causa de denegación no habitual en los instrumentos de reconocimiento mutuo, que por lo general se limitan a recoger la tradicional cláusula de respeto a los derechos fundamentales pero sin llegar a formular una causa específica de denegación al respecto, sin perjuicio de que —como ilustra la más reciente jurisprudencia del TJUE⁵⁸— esto no haya sido óbice para reconocer su posible aplicación. El cambio es notable en la DOEI, al enunciarlo como motivo específico de denegación⁵⁹, y así figura también en el art. 208 LRM, redactado en unos términos bastantes más precisos (existencia de motivos fundados para creer que la ejecución de la medida de investigación indicada en la OEI es incompatible con las obligaciones del Estado español de conformidad con el art. 6 TUE y CDFUE) al indicar expresamente el marco de referencia: la CDFUE y no los estándares nacionales de protección. El control habrá de circunscribirse así a lo que se ha denominado «orden público europeo», por lo que es muy importante tener presente que, conforme a la doctrina *Melloni*, en materias armonizadas (y este es el caso de la prueba transfronteriza) el nivel de protección de los derechos fundamentales a la hora de hacer aplicación de un instrumento de reconocimiento mutuo es el derivado de la CDFUE y la jurisprudencia del TJUE, y no el del ordenamiento constitucional interno, que no puede proyectar *ad extra* su eventual mayor nivel de exigencia⁶⁰.

Téngase en cuenta, por último, que es posible una denegación parcial de la orden de investigación, según se desprende del art. 11.4 DOEI y futuro art. 208.3 LRM, algo plenamente justificado habida cuenta de la posibilidad de que la orden contenga varias medidas de investigación a practicar y la causa afecte solo a alguna de ellas.

⁵⁸ Por ejemplo las SSTJUE (Gran Sala), de 5 de abril de 2016, asuntos acumulados *Caldararu y Aranyosi*, C-404/15 y C-659/15 PPU; y de 6 de septiembre de 2016, asunto *Petruhhin*, C-182/15, EU:C:2016:630.

⁵⁹ Recogiéndose otras alusiones a esta exigencia en los arts. 1.4, 14.2 y 24.2.b) y *considerandos* 18 y 19.

⁶⁰ Véase sobre esta cuestión, ampliamente, Clara MAPILLI MARCHENA, *El modelo de la Unión Europea*. Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 588-597.

IX. A MODO DE CONCLUSIÓN

El análisis realizado en las páginas precedentes nos permite realizar una valoración general positiva del nuevo instrumento de reconocimiento mutuo, cuya relevancia en la mejora de la agilidad y eficacia de la cooperación internacional resulta indiscutible. Contar con un único instrumento para canalizar las peticiones de prueba que ahora se cursan a través de las comisiones rogatorias conforme al régimen de los convenios internacionales —con sus innumerables reservas y lentos cauces de transmisión— y el hecho de que en la misma OEI en la que se solicita la prueba pueda también pedirse la medida cautelar que permita asegurarla es un avance incuestionable.

Las posibles disfunciones que se aventuran en su aplicación práctica tienen mucho que ver con la problemática de la admisibilidad probatoria de la prueba obtenida mediante el instrumento, al seguir pendiente la tarea de proceder a una armonización legislativa en materia probatoria, largamente reclamada, de cara a crear una auténtica «confianza» recíproca. Es esta una cuestión (la de las garantías procesales en materia probatoria) en la que las divergencias entre las legislaciones de los Estados miembros son mayores y sin que sea suficiente la mera remisión a la aplicación de la DOEI de conformidad con las directivas adoptadas sobre garantías procesales que efectúa el *considerando* 15⁶¹. Se ha dicho así que el verdadero valor añadido de la actuación de la UE sobre la del TEDH y los derechos del convenio vendría dada por una clara definición de la tutela de los derechos en situaciones propiamente transnacionales de cooperación judicial y con las peculiaridades que presentan, sobre todo en lo que se refiere a la recogida de fuentes de prueba; sería este el verdadero banco de pruebas de un modo de concebir la cooperación judicial no meramente represivo⁶².

⁶¹ En dicho *considerando*, dada la fecha de aprobación de la DOEI, se mencionan únicamente las tres primeras directivas (traducción e interpretación, información y asistencia letrada). Sin embargo, es especialmente relevante la Directiva 2016/343/UE, de 9 de marzo, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio. La bibliografía sobre la materia es extensa y de imposible cita en estas líneas; no obstante, para un resumen del estado actual de la acción de la UE, permítasenos remitir a Coral ARANGÜENA FANEGO, «Novedades de 2016 en materia de garantías procesales de sospechosos e imputados en procesos penales», en Ángeles GUTIÉRREZ ZARZA (coord.), *Los retos del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia*, La Ley, Madrid, 2017, y, asimismo, en *Diario La Ley*, nº 8950, de 28 de marzo de 2017.

⁶² Roberto E., KOSTORIS, «La tutela dei diritti fondamentali», en Roberto E. KOSTORIS (dir.), *Manuale di procedura penale europeo*, Milano, 2014, pp. 78 y 79.

Pero más allá de este problema de fondo, nos encontramos ya con uno inmediato y actual derivado del generalizado incumplimiento por los Estados miembros a la hora de transponer la directiva en plazo. Dos meses después del vencimiento de la fecha marcada, siguen siendo una minoría los Estados que la han implementado en sus legislaciones internas, con la consecuencia de hallarnos en un escenario de aplicación asimétrica del instrumento y la inseguridad jurídica derivada. España es uno de los Estados incumplidores y solo dos meses después de la fecha indicada ha presentado un anteproyecto, cuyas líneas generales hemos analizado en estas páginas, que se incorporará en su momento dentro del articulado de la Ley 23/2014, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. La tramitación legislativa será ocasión para mejorar el texto y corregir algunas deficiencias y omisiones detectadas. Será entonces, una vez aprobado, cuando en otro trabajo corresponda estudiar en detalle el texto resultante y su adecuación a las exigencias de la directiva.