

INSUFICIENCIAS Y LIMITACIONES DE LA ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACIÓN (OEI)

INSUFFICIENCIES AND LIMITATIONS OF THE EUROPEAN INVESTIGATION ORDER (EIO)

Francisco Javier GARRIDO CARRILLO¹
Universidad de Granada

Resumen: La Directiva 2014/41/UE relativa a la Orden Europea de Investigación en materia penal (OEI), se ha transpuesto al ordenamiento jurídico español, con más de un año de retraso, mediante la Ley 3/2018 por la que se modifica la Ley 23/2014, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE. Se basa en el principio de confianza mutua de las autoridades judiciales de la UE y en la ejecución de sentencias de los Estados miembros.

Este trabajo pretende estudiar la transposición de esta Directiva, analizando las insuficiencias. Además muestra que la necesidad de dotar de eficacia a este instrumento, abusando del principio de “proporcionalidad” y “flexibilidad”, no puede vaciar de contenido el sistema de derechos y garantías procesales del sospechoso, acusado o tercero afectado, y no debe distorsionar el sistema generado incertidumbre e imprevisibilidad.

Abstract: The Directive 2014/41 / EU on the European Investigation Order in Criminal Matters (EOI), has been transposed to the Spanish legal system, with more than one year of delay, through the Law 3/2018, which modifies the Law 23/2014, mutual recognition of criminal decisions in the EU. It is based on the principle of mutual trust between the EU judicial authorities, and on the execution of the EU Member States.

This paper aims to study the transposition of this Directive, analyzing its inadequacies. Furthermore, it highlights that the need to provide efficiency to this instrument, abusing the principle of "proportionality" and "flexibility", can not empty the content of the system of rights and procedural guarantees of the suspect, accused or third party affected, and has not to distort the system generated uncertainty and unpredictability.

Palabras clave: Orden Europea de Investigación; principio de reconocimiento mutuo; Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia; Unión Europea; reconocimiento prueba transnacional; principio de proporcionalidad

Key words: European Investigation order; mutual recognition principle; Area of Freedom, Security and Justice; European Union; transnational evidence; principle of proportionality.

Sumario: Introducción. 1. Finalidad, concepto y objeto de la OEI. 1.1. *Finalidad de la OEI*. 1.2. *Concepto y objeto*. 2. Ambito de aplicación. 2.1. *Ambito de aplicación material*. 2.1.1. *Para cualquier diligencia de investigación. Excepciones*. 2.1.2. *Procedimientos en los que puede acordarse su emisión*. 2.1.3. *En qué fase procesal puede acordarse*. 2.2. *Ambito de aplicación subjetivo*. 2.3. *Ambito de aplicación Espacial*. 3. Procedimiento para la emisión de una OEI por las autoridades españolas. 3.1. *Autoridades competentes para la emisión*. 3.2. *Mecanismo de validación de la OEI*.

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación I+D “Garantías Procesales de investigados y acusados: La necesidad de armonización y fortalecimiento en el ámbito de la Unión Europea”, (Ref. DER2016-79096-P) y de la Red De Cooperación internacional y de excelencia científica de estudio y análisis “Justicia, Derecho, Constitución y Proceso”.

3.3. Iniciativa. 3.4. Requisitos para la emisión. 4. Validez de los actos de investigación realizados en el estado de ejecución. 5. Conclusiones. 6. Referencias bibliográficas.

INTRODUCCION.

En la construcción y profundización del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, el principio de confianza mutua entre los distintos Estados se constituye en el centro neurálgico de la cooperación judicial penal europea, y para la efectividad de dicho principio, sobre la base del artículo 82 del TFUE, se han adoptado distintas medidas legislativas que buscan la aproximación de las legislaciones penales nacionales, tanto de naturaleza sustantiva como procesal, persiguiendo la comunitarización plena de la cooperación judicial penal y policial. Entre estas normas tenemos las relativas a la admisibilidad de pruebas entre los Estados miembros².

En ejercicio de esta competencia se dictó la Directiva 2014/41/UE de 3 de abril relativa a la *Orden Europea de Investigación en materia penal* (OEI), que se ha transpuesto al ordenamiento jurídico español, con más de un año de retraso, mediante la aprobación de la Ley 3/2018 de 11 de junio por la que se modifica la Ley 23/2014 de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea para regular la Orden Europea de Investigación.

La ley de transposición Española (Ley 3/2018) ha sido aprovechada por el Legislador para incorporar una serie de pequeñas reformas, tanto de materias de cooperación internacional como de normas internas procesales, y así se ha reformado la ley 1/1996 de 10 de enero de asistencia jurídica gratuita o la LEC en materia de embargos (art. 588) y el cobro trasfronterizo de deudas en materia civil y mercantil, pero sorprende que no haya aprovechado para derogar algunos artículos totalmente obsoletos sobre cooperación internacional que permanecen en nuestra LECrim., y con esto me refiero a los artículos 193, 194 o 424.

En este trabajo no pretendo realizar un análisis exhaustivo de la OEI y de su transposición, pero sí creo necesario detenerme en algunos aspectos relevantes, que constatan las insuficiencias y limitaciones de la misma. No podemos desconocer que la cooperación judicial penal en la Unión Europea está sometida a fuertes tensiones, muestra de ello son las incidencias que se han dado en el cumplimiento por parte de determinados Estados de las órdenes europeas de detención y entrega cursadas por Tribunales de otro Estado³ y es que, en esta

² Sobre la obtención de pruebas en la UE, podemos citar como precedentes de la regulación actual la Decisión Marco 2008/978/JAI sobre el exhorto europeo, que fue derogada expresamente por el Reglamento 2016/95 del Parlamento Europeo y del consejo de 20 de enero de 2016. Aunque hay que destacar que dicha Decisión presentaba una gran complejidad que dio lugar a que los operadores jurídicos no acudieran a la misma y siguieran haciendo uso de las normas reguladoras de la cooperación penal, en especial el Convenio de 1959 con sus convenios de modificación posteriores, si bien esto también planteaba dificultades por cuanto que no todos los EEMM suscribieron los convenios posteriores acordados en el seno de la UE.

³ Como ejemplo cercanos tenemos la respuesta de los Tribunales belgas y alemanes a las OEDE dictadas por España en el caso "Puigdemont", o las OEDE emitidas por Polonia a las que Irlanda y España están exigiendo más claridad y garantías. Respecto de esta última cuestión véase la STS Gran Sala del TJUE de 25 de julio de 2018, L.M., asunto C-216/18 PPU, en la que, en resumen, se recoge que una autoridad judicial que ha de pronunciarse sobre la ejecución de una orden de detención europea debe abstenerse de darle curso si considera que la persona de que se trate correrá el riesgo de que se viole su derecho fundamental a un juez independiente y, con ello, el contenido esencial de su derecho fundamental a un

realidad, el elemento central y catalizador de la cooperación no es otro que el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y demás resoluciones judiciales, basándose en el trato de las resoluciones judiciales de otros países como las del Estado propio, y en la confianza en las autoridades judiciales de los distintos Estados.

En el análisis crítico de esta realidad hay que tener presentes dos limitaciones. En primer lugar la búsqueda de *la eficacia* de un proceso, de una norma, o de un instrumento jurídico, no puede alcanzarse a costa de la devaluación de nuestro sistema de garantías y derechos, pues este sistema, que ha costado mucho esfuerzo conformar, es el que nutre y fortalece nuestro marco de convivencia, y legítima en última instancia la señalada eficacia. Y en segundo lugar la necesidad de contemporizar distintos ordenamientos de los Estados miembros, recurriendo a la “*flexibilidad*”, y “*proporcionalidad*”, tampoco se puede convertir en válvula de escape, en una “cláusula de rigor” y corrección, que distorsionen y mine el ordenamiento generando incertidumbre e imprevisibilidad.

1. Finalidad, concepto y objeto de la OEI.

1.1. Finalidad de la OEI.

Siguiendo a Arangüena Fanego, la finalidad de la OEI 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”⁴. Sobre esta cuestión lo primero que advertimos es que el artículo 34 de la Directiva 2014/41/UE reguladora de la OEI, que se ocupa de las relaciones con otros instrumentos jurídicos, acuerdos y pactos, señala expresamente que la Directiva “...*sustituye... a las disposiciones correspondientes*” de los Convenios de asistencia judicial de 20 de abril de 1959 (y sus dos protocolos) y de 29 de mayo de 2000 (y su protocolo), y no utiliza intencionadamente el término “*derogar*”. En consecuencia el Convenio de 2000 seguirá siendo de aplicación con Dinamarca, y respecto de las medidas no reguladas en la Directiva, como pueden ser el envío y notificación de documentos procesales o el intercambio espontáneo de información. Por su parte el Convenio de 1959, será el referente para las reclamaciones de cooperación con Irlanda y con los Estados miembros del Consejo de Europea.

Por lo tanto, a día de hoy siguen existiendo, estando vigentes y siendo de aplicación, una multiplicidad de normas convencionales que coexiste con los instrumentos y normativa propia de la UE, por ello y en el marco de la cooperación judicial, es de aplicación lo que Jiménez-Villarejo dejó dicho respecto del decomiso, en el sentido de que “El solapamiento de disposiciones ante el que

proceso equitativo, debido a deficiencias que pueden afectar a la independencia del poder judicial del Estado emisor. En el mismo sentido *vid.* Sentencia del TJUE de 5 de abril de 2016 (asuntos acumulados Aranyosi y Caldaru, C-404/15 PPU y C-659/15 PPU).

⁴ 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. Pág. 910. Doi: <https://doi.org/10-18042/cepc/rdce.58.03>.

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 provocado que incluso se llegue a hablar de un cierto *ius shopping* para las autoridades judiciales”⁵. A esta situación es a la que pretende dar respuesta el legislador europeo conformando la OEI como ya hizo con la OEDE, como un auténtico título ejecutivo europeo dotado de un completo procedimiento supranacional⁶, que permita la obtención transfronteriza de material probatorio.

Ahora bien, la Directiva sobre la OEI, no se ha concebido en la perspectiva de una armonización en materia probatoria, y por lo tanto nos encontramos con un instrumento atemperado⁷ por los perfiles típicos de la asistencia judicial, que intenta contemporizar las razones de la ley del Estado requirente con las razones de la ley del Estado de ejecución. Lo que ya es una muestra, si no de debilidad, si de las dificultades de avanzar y profundizar en los instrumentos de reconocimiento mutuo.

1.2. Concepto y objeto.

En el análisis de la operatividad de la OEI en España, no sólo habremos de estar a lo dispuesto en la normativa propia de transposición y a la regulación específica de la DOEI, sino que, en tanto que instrumento de reconocimiento mutuo en materia penal, también nos hemos de atener a lo dispuesto en la normativa general prevista en la Ley 23/2014 de Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Penales (LRM) y a la jurisprudencia tanto de nuestros Tribunales Nacionales como del TJUE. Dicho esto, la OEI⁸ se define en el art. 186.1 LRM, en similares términos a como lo hace el artículo 1 de la Directiva, como “*una resolución penal emitida o validada por la autoridad competente de un Estado miembro de la Unión Europea, dictada con vistas a la realización de una o varias medidas de investigación en otro Estado miembro, cuyo objetivo es la obtención de pruebas para su uso en un proceso penal. También se podrá emitir una orden europea de investigación con vistas a la remisión de pruebas o de diligencias de investigación que ya obren en poder de las autoridades competentes del Estado*

⁵ Jimenez-Villarejo Fernández, F. “La nueva regulación del decomiso y la recuperación de activos delictivos en el ordenamiento jurídico español”, *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 0, 2015, pág. 103.

⁶ Como señala Arangüena Fanego, “La Directiva regula de manera bastante completa la emisión, reconocimiento, ejecución, confidencialidad de la investigación, plazos, costes, recursos y responsabilidad de quienes intervengan en la práctica de la diligencia de investigación”. Especialmente destacable en el proceso desarrollado por la Directiva es la simplificación de trámites y requisitos formales mediante el empleo de formularios estandarizados y la aceleración que se imprime en la obtención de la prueba transnacional, mediante la fijación de plazos para acuse de recibo de la orden de investigación, reconocimiento y ejecución”. en Arangüena Fanego, C., (2017), *Orden Europea de Investigación: próxima implementación en España ...*” *op. cit.* Pág. 914.

⁷ Vid. Kistoris, Roberto E. “Orden Europea de investigación y derechos fundamentales”, en *Garantías procesales de investigados y acusados. Situación actual en el ámbito de la Unión Europea*, Arangüena Fanego C. y De Hoyos Sancho, M. (Directoras), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2018, pág. 321.

⁸ Que es un instrumento de reconocimiento mutuo para la obtención y traslado de pruebas entre los EEMM de la UE, entendiéndose como hace el artículo 2 LRM, que un instrumento de reconocimiento mutuo es “aquella orden europea o resolución emitida por la autoridad competente de un Estado miembro de la Unión Europea que se transmite a otro Estado miembro para su reconocimiento y ejecución en el mismo”.

miembro de ejecución". Por lo tanto a la vista de esta regulación, el objeto de la OEI, lo constituye: a) La realización de diligencias de investigación en otro Estado, b) y la solicitud de remisión de pruebas y diligencias ya existentes. En ambos casos para que surtan efecto en el Estado que las reclama⁹.

Tengamos en cuenta que la DOEI utiliza el término de "prueba", y con el mismo hemos de entender contenido, en el ordenamiento español, tanto las denominadas diligencias de investigación (propias de la fase de instrucción), como la prueba en sentido estricto (que se da en la fase de enjuiciamiento sin perjuicio de la denominada prueba preconstituida durante la fase de instrucción). Y por último en la regulación comunitaria, se ha previsto que mediante una OEI se pueda adoptar una medida cautelar para asegurar cualquier elemento probatorio¹⁰.

2. **Ámbito de aplicación**

2.1. *Ámbito de aplicación material.*

La OEI se puede dictar para un hecho que sea constitutivo de delito en el Estado de emisión y de Ejecución. No obstante, y puesto que *no rige el principio de doble incriminación*, si la conducta investigada no es constitutiva de delito en el Estado de Ejecución, si es posible emitir una OEI si se trata de alguno de los delitos recogidos en el anexo D de la DOEI¹¹. En caso de que no se trate de uno de estos delitos, y que la conducta sea delictiva en el Estado de emisión pero no en el de ejecución, la OEI podrá ser emitida, pero su ejecución podrá ser denegada por el Estado de ejecución dependiendo del tipo de diligencia de que se trate y de la pena que esa conducta delictiva lleve aparejada en el Estado de emisión.

2.1.1. *Para cualquier diligencia de investigación. Excepciones.*

Por lo que se refiere al ámbito de aplicación material de la OEI, tanto la Directiva como la ley de transposición parten del principio general de que cualquier diligencia de investigación puede ser objeto de la OEI (art.3 DOEI). En este sentido el considerando número 8 de la Directiva señala que "*la OEI debe tener un ámbito horizontal y por ello se debe aplicar a todas las medidas de investigación dirigidas a la obtención de pruebas*", por lo tanto no hay una lista cerrada de medidas de investigación, lo que si establece el legislador comunitario es la existencia de un mínimo de estas, que han de existir en los ordenamientos de los distintos Estados cuando actúen como Estados de Ejecución (art. 10 DOEI), buscando la armonización de las legislaciones de los distintos Estados Miembros. Pero frente a esta amplitud de medidas de investigación que pueden ser objeto de la OEI, es la propia Directiva la que establece una serie de excepciones y

⁹ Recordemos que el derogado exhorto europeo estaba previsto únicamente para conseguir la transmisión de pruebas que ya existieran.

¹⁰ En concreto el artículo 32.1 DOEI señala que se podrá emitir la Orden "*con vistas a la adopción de cualquier medida de investigación destinada a impedir de forma cautelar la destrucción, transformación, desplazamiento, transferencia o enajenación de un objeto que pudiera emplearse como pruebas*".

¹¹ Estos delitos se recogen en el art. 20.1 de nuestra LRM.

exclusiones, que se concretan en: los supuestos de vigilancia transfronteriza previstos al amparo de los Acuerdos de Schenguen; el intercambio de información de antecedentes penales¹²; el traslado temporal de personas para su enjuiciamiento¹³; y los equipos conjuntos de investigación.

La primera de estas exclusiones se recoge en el considerando nº 9 de la DOEI, y se trata de los supuestos de vigilancia transfronteriza establecidos al amparo de los Acuerdos Schenguen, de 14 de julio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes que continuarán regulándose por la norma convencional. Las razones que justifican esta exclusión se concretan en que se trata de una medida propia de la cooperación policial y no judicial. Pero en el caso de España, nuestra Ley no hace referencia alguna a esta exclusión, dejando en una situación de aparente indeterminación legal a la diligencia de investigación consistente en la colocación de dispositivos de seguimiento y localización regulados en el artículo 588 quinquies b) de la LECrim. Nos podríamos preguntar aquí que pasa si en España se coloca una baliza a un vehículo que se adentra en otro país o países de la UE. Como señala Rodríguez-Medel¹⁴ las dudas surgen cuando se trata de medidas que, en algunos ordenamientos nacionales, precisan de la autorización judicial para su adopción, como es el caso de España, que regula la mencionada medida en el referido art. 588 quinquies b LECrim, como una medida judicial y no policial.

Por otro lado también merece un comentario de urgencia la exclusión de los equipos conjuntos de investigación (Art. 3 DOEI y Art. 186.3 LRM), pues al estar excluidos de la OEI, su conformación y la obtención de pruebas que realicen, se continuará regulando por el artículo 13 del Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los EEMM de la UE y la Decisión Marco 2002/465/JAI del Consejo¹⁵. Entiende la profesora Arangüena¹⁶ que esta exclusión está 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

¹² No se consideran diligencia de investigación y queda fuera del ámbito de aplicación de la OEI la solicitud y transmisión de antecedentes penales entre los distintos Estados (art. 186.4 LRM), que es objeto de regulación específica en la LO 7/2014 de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la UE de conformidad con la Decisión Marco 2008/315/JAI de 26 de febrero de 2009.

¹³ No es la OEI (Considerando nº 25), el instrumento adecuado para trasladar una persona a otro Estado para su enjuiciamiento, en estos casos se debe emitir una OEDE. Sin embargo, la OEI si es el instrumento correcto para trasladar una persona detenida con el objeto de que se practique otra diligencia o prueba que requiera su presencia en el Estado de Emisión, por ejemplo para participar en una diligencia de reconstrucción de hechos, o un careo, y no sea posible su práctica por otro medio eficaz como una videoconferencia.

¹⁴ Rodríguez-Medel Nieto, C., "Prueba penal transfronteriza: su obtención y admisibilidad en España", Tesis Doctoral Universidad Complutense, Madrid 2015. pág. 309 y siguientes.

¹⁵ En España el artículo 7.3 de la Ley 11/2003 de 21 de mayo, reguladora de los ECI penal en el ámbito de la UE, establece que si en el ejercicio de las funciones de investigación "se considera necesaria la adopción de medidas o la petición de ayuda a un Estado miembro que no haya participado en la creación del equipo de un tercer Estado, la autoridad competente española se encargará de formular dicha petición".

¹⁶ Arangüena Fanego, C., (2017), Orden Europea de Investigación: próxima implementación en España *Op. cit.* Pág. 917.

involucrar también a terceros Estados (no miembros de la UE) y su mecanismo de cooperación, modo de operar, fundamento y ámbito de aplicación son distintos”.

No obstante lo dicho, con una deficiente técnica legislativa, el legislador comunitario establece una excepción a la excepción en el artículo 3 de la Directiva, permitiendo que si será de aplicación la OEI cuando un Equipo Conjunto de Investigación (que por lo tanto hemos de entender que está previamente constituido) precise la práctica de pruebas en algunos de los EEMM *distintos* a los implicados en el equipo conjunto¹⁷. Por lo tanto en este caso, se permitiría que un ECI, que también se ha constituido en base a la autonomía de la voluntad de los Estados miembros implicados, operara con una OEI. Es decir, el legislador comunitario en sentido estricto lo que hace es condicionar el uso de la OEI por un ECI, y para ello diseña un ámbito específico para que el instrumento de la OEI sirva a sus fines y pueda ser operado por un ECI: requiere que dicho equipo esté constituido previamente, que esté conformado por Estados miembros (es decir no esté integrado un tercer estado no miembro de la UE), y precise la práctica de una prueba en un Estado miembro distinto a los integrantes del ECI.

2.1.2. Procedimientos en los que puede acordarse su emisión.

Los procedimientos en los que se puede adoptar una OEI, se regulan con amplitud en la Directiva (art. 4 DOEI) que no se limita a procesos penales, sino que se extiende también a las diligencias preparatorias de los mismos e incluso a procedimientos administrativos de naturaleza sancionadora. En España esta situación se limita, pues en nuestro país, los procedimientos en los que se puede acordar la emisión de una OEI, se deducen del nuevo artículo 187.1 LRM, que al ocuparse de las autoridades competentes para emitir una OEI hace referencia: por un lado al Juez o tribunal que conozca “*del proceso penal*” en que se adopte la medida, y por otro lado a “*los Fiscales en los procedimientos que dirijan*”, aclarando que las mismas autoridades pueden emitir órdenes al amparo de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor. Por lo tanto es posible adoptar una OEI en cualquier proceso penal seguido en España, incluido el proceso penal especial de menores.

Por otro lado, y en relación al procedimiento para el juicio sobre delitos leves, si bien la LRM no los excluye del ámbito de aplicación de la OEI, es posible que en la práctica queden fuera del mismo, tanto por la escasa entidad de los bienes y derechos tutelados en este procedimiento – que permite la renuncia del Ministerio Fiscal a la persecución en determinados supuestos-, como porque la aplicación de la OEI, como instrumento de cooperación, debe regirse e inspirarse por el principio de proporcionalidad.

Por otro lado, el mencionado artículo 187.1 LRM, habla de “procesos penales”, por lo tanto quedan fuera de su ámbito de aplicación los procedimientos

¹⁷ El artículo 13.8 del Convenio sobre Asistencia judicial en materia penal entre EEMM prevé que “*Cuando el equipo conjunto de investigación necesite ayuda de un Estado miembro que no haya participado en la creación del equipo o de un tercer Estado, las autoridades competentes del Estado en el que actúe el equipo podrán formular la petición de ayuda a las autoridades competentes del otro Estado afectado, de conformidad con los instrumentos o disposiciones aplicables*”. En el mismo sentido el art. 1.8 de la Decisión Marco 2002/465/JAI sobre ECI.

administrativos, entre los que podríamos encuadrar como señala Lopez Jara¹⁸, las investigaciones del Tribunal de Cuentas y otros de naturaleza sancionadora de los que pueda conocer cualquier autoridad administrativa, y asimismo los procedimientos en materia de extranjería del artículo 57.7 Ley Orgánica de Extranjería, en los que, a pesar de tener un control por parte de los Tribunales penales, no por ello, pierden su condición de actuaciones administrativas sujetas a la jurisdicción contencioso-administrativa, en lo que se refiere a su control de fondo. Y por último, aunque no resulte de aplicación a España, la Directiva si prevé que la OEI también puede emitirse en procedimientos seguidos por hechos tipificados como infracciones administrativas por el ordenamiento del Estado de emisión, siempre que la decisión de este procedimiento pueda dar lugar a un proceso ante un órgano jurisdiccional en el orden penal.

En definitiva, en España no resulta posible desde la vertiente activa, por cuanto que 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. No obstante si tiene operatividad desde la vertiente pasiva. De este modo las autoridades judiciales españolas de ejecución si podrán ser requeridas para reconocer y ejecutar una OEI acordada en ese tipo de procedimientos: como pudieran ser en su caso, la OEI solicitada en el marco de un procedimiento administrativo sancionador seguido frente a personas jurídicas en algún Estado miembro que no prevé su responsabilidad penal como pueden ser Italia o Alemania.

Esta limitación que el legislador español ha concretado en la transposición de la Directiva, merece, cuanto menos una reflexión, pues en definitiva se coarta la lucha contra la delincuencia organizada y transfronteriza en la UE, en especial en determinados procedimientos administrativos sancionadores que están íntimamente vinculados con el ámbito penal, como en de los delitos contra la hacienda pública, en los que se da la instrucción del delito fiscal en sede del procedimiento inspector y en el que la administración tributaria ha asumido paulatinamente las funciones del juez instructor,¹⁹ y que hubieran merecido de una atención específica, o de articular un punto de conexión dando viabilidad a una OEI en España como Estado de emisión.

2.1.3. En qué fase procesal puede acordarse.

La OEI se puede pedir en cualquier fase del proceso, ya sea en diligencias de investigación, como en la fase intermedia y de enjuiciamiento (prueba a practicar en el juicio oral o de forma anticipada al mismo). En el caso de que se estuviese en una fase pre-procesal de investigación llevada a cabo por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y fuese necesario emitir una OEI, necesariamente esta

¹⁸ Lopez Jara, M., "Ley 3/2019 de 11 de junio por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, para regular la orden Europea de investigación, *Diario la Ley* n°9252, 5 de septiembre de 2018, pág. 7.

¹⁹ Delgado Sancho, C.D., "La fase preprocesal en el delito fiscal", *Carta Tributaria. Revista de Opinión* n° 44, 2018, 1 de noviembre de 2018, Ed. Wolters Kluwer, pág. 3. No obstante, no podemos desconocer que, la asunción por la Hacienda Pública de las funciones propias del Juez Instructor –la inspección fija la responsabilidad civil y la recaudación la ejecuta-, podría vulnerar el art. 117.3 CE, pero además, constituye el germen de posibles lesiones de derechos fundamentales del contribuyente.

solicitud ha de judicializarse y solicitarse al Juez de Instrucción o al Fiscal (en su caso), para que sea éste quien emita la Orden.²⁰

Y para el caso de que estemos en una investigación pre-procesal, llevada a cabo por el MF, el mismo, en el marco de las diligencias de investigación previstas en los artículos 5 EOMF y 773.2 de la LECrim., podrá acordar por su propia autoridad, la emisión de una OEI siempre y cuando no afecte a derechos fundamentales. Ahora bien, esta OEI solicitando diligencias pre-procesales ha de ir orientada a formar la convicción del Fiscal, pero sin que pueda transmutarse posteriormente en un elemento de prueba, puesto que, tanto su admisión como práctica, corresponde en exclusiva a los Jueces y Tribunales en ejercicio de la función jurisdiccional que tienen constitucionalmente atribuida²¹. Todo ello no impide que con posterioridad se pueda dictar una OEI que busque esta prueba, o que incluso amplíe la OEI anterior para hacer extensible el material probatorio que se haya obtenido al proceso penal en el que deba surtir efectos, para lo cual será preciso contar con el consentimiento del Estado de ejecución.

2.2. *Ámbito de aplicación subjetivo.*

Por lo que se refiere al ámbito de aplicación subjetivo, la OEI se puede acordar en cualquier proceso penal, independientemente de que el investigado o acusado sea una persona física o jurídica, y de su nacionalidad. Llama la atención, como nos recuerda Villodre López²², que la responsabilidad penal de las personas jurídicas se haya incluido de forma expresa en la Directiva (artículos 4 d y 26) por el legislador comunitario sin condición alguna, a diferencia de lo sucedido en otros instrumentos de reconocimiento mutuo donde expresamente se alude a su cumplimiento aunque el país de ejecución no reconozca la responsabilidad penal de las personas jurídicas (*vid.* art.12.3 de la Decisión Marco 2006/783/JAI del Consejo de 6 de octubre sobre decomiso o el art. 9.3 de la Decisión Marco 2005/214/JAI del Consejo de 24 de febrero sobre sanciones pecuniarias).

Recordemos que la responsabilidad de las personas jurídicas no está armonizada de forma general, sino tan solo sectorialmente o por materias: lucha contra el fraude que afecte a los intereses de la UE (Directiva 2017/137 de 5 de julio); ataques contra sistemas de información (Directiva 2011/36 de 5 de abril); o protección penal del euro y otras monedas frente a la falsificación (Directiva 2014/62 de 15 de mayo). Ante esta regulación, podríamos encontrarnos con la denegación de una OEI en el supuesto de que la misma no tuviera por objeto algunos de los delitos referidos, y que el Estado requerido no tuviera reconocida la responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo que supone una nueva limitación de la OEI.

²⁰ No se está hablando aquí de un supuesto de emisión por la Policía y validación por el Juez, puesto que nuestro ordenamiento no ha previsto atribuir esta competencia a autoridades policiales.

²¹ La STS Sala 2º de 11 de enero de 2017 (recurso 1498/2016) ha dejado dicho en su FD 3º, que “Las diligencias de investigación practicadas por el Ministerio Público al amparo de los artículos 5 del EOMF y 773.2 LECrim, no pueden aspirar a transmutar su naturaleza y convertirse en actos de prueba. Lo impide el concepto mismo de acto procesal, íntimamente ligado a los principios constitucionales que informan el ejercicio de la genuina función jurisdiccional”.

²² Villodre López, J. “La Orden Europea de investigación penal: transposición de la Directiva 2014/41 del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014 (I)”, *Diario La Ley*, 24 de mayo de 2018, pág. 7.

2.3. *Ámbito de aplicación espacial.*

No todos los países están vinculados con la OEI. En concreto con Irlanda y Dinamarca la cooperación seguirá rigiéndose con los instrumentos convencionales (Convenio de Cooperación judicial de 1959) como se venía haciendo hasta ahora,²³ pues no han participado en esta Directiva y han manifestado su deseo de no quedar vinculado a la misma. Por el contrario y a pesar de la peculiar situación del Reino Unido con el "Brexit", si ha participado en la adopción y aplicación de la Directiva de la OEI (Considerando nº 44), habiendo transpuesto la misma el 31 de julio de 2017.

3. Procedimiento para la emisión de una OEI por las autoridades Españolas.

3.1. *Autoridades competentes para la emisión.*

La Directiva regula con amplitud lo que entiende por una autoridad de emisión, pues incluiría también a cualquier autoridad competente, según la defina el Estado de emisión que, en el asunto específico de que se trate, actúen 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 sería necesaria la validación de la OEI por una autoridad judicial como veremos más adelante.

Por lo que se refiere a la autoridad competente para la emisión de una OEI, en España lo es, con carácter exclusivo, un Juez o Tribunal o un Fiscal. En concreto podrá emitirla: el Juez de Instrucción que conozca del proceso penal en el que ha acordado la diligencia de investigación objeto de la OEI; el Juez de lo Penal o Tribunal encargado del enjuiciamiento del proceso en que se haya acordado la prueba objeto de la OEI; los Fiscales en relación con las diligencias de investigación acordadas en los procedimientos de investigación que dirijan, si bien en estos casos la competencia se limita a aquellas diligencias que no sean limitativas de derechos fundamentales, pues en estos casos corresponderá emitirla al Juez de Instrucción competente; y por último son autoridad competente para la emisión de una OEI en particular, los Fiscales y los Jueces de Menores, que sorprendentemente son mencionados específicamente por la ley, sin que dicha referencia sea necesaria²⁴. Y por lo tanto ni la policía judicial, ni los Letrados de la Administración de Justicia, ni ningún otro funcionario o autoridad administrativa tienen autoridad para emitir una OEI.

²³ Como se recoge en el considerando número 44 (Irlanda), y en el número 45 (Dinamarca), estos países haciendo uso de las facultades que le reconocen los respectivos Anexos a los Tratados han manifestado su deseo de no participar en la adopción de esta Directiva y no quedar vinculados ni sujetos a su aplicación.

²⁴ La Ley contiene una mención específica señalando que los Fiscales y Jueces de Menores también podrán emitir la OEI conforme a la legislación procesal general y la LORPM. Esto es, durante la investigación el Fiscal podrá emitirlas, salvo que supongan limitación de derechos fundamentales en cuyo caso corresponderá al Juez de Menores (art. 26.3 LORPM) quién será también competente para las diligencias de prueba acordadas en la fase de enjuiciamiento (art. 33 y 37 LORPM).

3.2. *Mecanismo de validación de la OEI.*

La Directiva prevé también la posibilidad de que se establezcan otras autoridades de emisión distintas a Jueces y Fiscales, habilitando para ello un sistema de validación de la OEI, de esta manera concilia (atendiendo a las particularidades de los diferentes ordenamientos nacionales) de una manera pragmática la necesidad de hacer efectiva la cooperación judicial en materia de prueba, superando los obstáculos de la coexistencia de distintos sistemas y culturas jurídicas²⁵. En estos casos la Orden emitida deberá ser validada, previo control de su conformidad con los requisitos para su emisión, por un Juez, un órgano jurisdiccional, un fiscal o un magistrado instructor del Estado de emisión, y cuando la orden haya sido validada por la autoridad judicial, es cuando la autoridad de la que proviene podrá ser considerada autoridad de emisión (art. 2 DOEI).

En España, no se ha incorporado esta previsión de la Directiva, y por lo tanto no se han establecido autoridades de emisión distintas a las judiciales o fiscales, por lo que no cabe hablar de autoridad de validación²⁶. Este pragmático sistema de validación, podría haber sido aprovechado por el legislador nacional para reconocer a determinadas autoridades administrativas, la posibilidad de solicitar una OEI en relación a un procedimiento administrativo-sancionador, por ejemplo de carácter tributario, pues con la debida continencia se podría haber facultado al Fiscal para que en el ámbito de las diligencias de investigación y preprocesales, y en ejercicio de sus funciones de defensa de la legalidad vigente, pudiera validar la solicitud de una posible OEI.

3.3. *Iniciativa.*

Por lo que se refiere a la iniciativa para la emisión de una OEI, esta puede ser acordada tanto de oficio como a instancia de parte (art. 189 LRM), siempre y cuando se trate de una diligencia de investigación. Pero para el caso de que la OEI tenga por objeto una diligencia de prueba –y no de investigación– hemos de atenernos al régimen general respecto de la posibilidad –limitada y discutida– de acordar de oficio la práctica de pruebas, siendo la regla general la de que sólo se practicarán las pruebas que hayan sido propuestas por las partes, y por lo tanto será precisa la petición de parte (art. 728 y 729 LECr.) para acordar la práctica de las pruebas en el marco de una OEI. Hay que destacar, que a diferencia de otros instrumentos de reconocimiento mutuo, el legislador ha omitido establecer aquí un trámite de audiencia a las partes, que en principio parece adecuado en atención al

²⁵ Como señala Bachmaier, 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 valorada positivamente por su pragmatismo, puesto que hace frente e intenta dar respuesta a la necesidad de hacer efectiva la cooperación judicial en materia de prueba, venciendo las dificultades que dimanen de la heterogeneidad de sistemas y culturas jurídicas, en Bachmaier Winter, L. “Transnational Evidence: Towards the Transposition of the Directive 2014/41 regarding the European Investigation Order in Criminal Matters”, *Eucrim*, núm. 2, 2015, pág. 48-49.

²⁶ En otros países la situación es distinta, así en el caso de Bélgica, la Administración General de Aduanas e Impuestos Especiales es reconocida por su norma de transposición como autoridad de emisión, siempre y cuando se trate de delitos de su exclusiva competencia y si en un caso interno similar también tuviera competencia para el acto de investigación objeto de la Orden.

debido respeto al derecho de defensa, salvo que esté decretado el secreto, en cuyo caso únicamente se daría traslado al Ministerio Fiscal.

Especial interés tienen aquí lo dispuesto en el artículo 1.3 de la Directiva que dispone que la emisión de una OEI "*puede ser solicitada por una persona sospechosa o acusada (o un abogado en su nombre), en el marco de los derechos de la defensa aplicables de conformidad con el procedimiento penal nacional*". Por lo tanto la defensa tiene el derecho, como manifestación del principio de igualdad de armas, y que si bien no es absoluto, de solicitar el libramiento de una OEI para obtener una prueba o diligencia de investigación que considere esencial en descargo del investigado o acusado, y por su parte, el juez únicamente la podrá denegar motivadamente, por los mismos motivos que pudiera hacerlo en un caso similar interno. La habilitación que realiza el legislador comunitario en la Directiva, previendo la posibilidad de que la defensa pueda solicitar la emisión de una OEI profundiza en la cooperación judicial, siendo una innovación significativa, aunque haya países que no la incorporado a su regulación²⁷. Aunque también hay que poner de manifiesto, que esta previsión normativa, tampoco asegura a la defensa la mejor situación procesal respecto a la igualdad de armas con lo acusación, y esto desde el punto de vista de la estrategia procesal, puesto que la solicitud de la OEI se dirige y orienta el acto a las autoridades públicas, por lo que la solicitud de la defensa revela su estrategia procesal y hace visibles sus elementos de defensa ante el MF que generalmente es la autoridad de investigación del Estado de emisión, y su contrario en el proceso.

3.4. Requisitos para la emisión.

La DOEI establece en su artículo 6.1 dos requisitos para la emisión de una OEI, que son recogidos casi literalmente por el art. 189.1 LRM: En primer lugar que su emisión "*sea necesaria y proporcionada a los fines del procedimiento para el que se solicita, teniendo en cuenta los derechos del investigado o encausado*"; y en segundo lugar, que las medidas de investigación "*se hayan acordado en el proceso penal español en el que se emite la orden europea de investigación y pudieran haberse ordenado en las mismas condiciones para un caso interno similar*".

Por lo que se refiere a la *necesidad*, la OEI ha de ser necesaria a los fines del procedimiento en que se acuerda, y por lo tanto como pasa en el ámbito probatorio (en el que tampoco se trata de un derecho absoluto) se denegarán aquellas Órdenes que se consideren innecesarias. Y en cuanto a la *proporcionalidad*, el Juez o fiscal, antes de acordar una OEI, deberá realizar el adecuado juicio. Esta cuestión es nuclear, y sobre la misma se basa la regulación de la OEI, por lo que merece que nos detengamos en ella. En primer lugar, la proporcionalidad no se define por la Directiva, ni tampoco se explica de manera suficiente por el considerando número 11 que establece que la medida de investigación ha de considerarse "*proporcionada, adecuada y aplicable al caso concreto*", o que "*la autoridad de emisión ha de asegurarse, ...de que la prueba*

²⁷ En Italia la jurisprudencia siempre ha negado que la investigación defensiva pueda desarrollarse en el extranjero, desde esta óptica la directiva sobre la OEI era un primer paso para superar esta limitada visión nacionalista, pero no ha sido aprovechada por el legislado italiano, que no ha recogido esta previsión comunitaria (art. 1.3. DOEI) en su norma de transposición (D.Legs. n. 108/2017).



buscada sea necesaria y proporcionada para el procedimiento, de que la medida de investigación escogida sea necesaria y proporcionada para obtener la prueba en cuestión.” En definitiva con la proporcionalidad se alude al concepto de *ponderación* que ha de efectuarse entre: la medida de investigación solicitada en relación con la gravedad del delito investigado; el grado de afeción en la esfera individual de los sujetos afectados por su práctica (singularmente los derechos del sospechoso o acusado); y la inexistencia de una medida menos gravosa, pero de idéntica eficacia, alternativa a la que se pretende incluir en la OEI. Se trata de definitiva de una labor interpretativa, que se soporta sobre una estructura de principios (que no de reglas) como es el de la proporcionalidad, y que precisa de flexibilidad. Este análisis y valoración que ha de llevar a cabo la autoridad de emisión es el de mayor complejidad y dificultad. Por lo que será necesario acudir a la doctrina consolidada de nuestro TEDH y del TJUE²⁸ para su concreción.

Recordemos aquí, como dice Kostoris²⁹, que la OEI se basa en presupuestos muy inciertos e indefinidos (el respeto a los derechos fundamentales, y a los principios fundamentales del ordenamiento del Estado de ejecución), que son modulados de forma particular tanto a través del control de proporcionalidad de la OEI como de los “acuerdos” y “consultas” que se prevé que se lleven a cabo entre las autoridades de ejecución y las de emisión de la OEI para alcanzar soluciones compatibles³⁰.

Este recurso abusivo y excesivo del principio de proporcionalidad, recuerda el que se realiza también en el decomiso, utilizándose este principio (conocido también como “*cláusula de rigor*”) para atemperar e inaplicar la disposición legal cuando se trate de actuaciones desproporcionadas o incorrectas (ya sea en el decomiso general, el decomiso ampliado o el régimen complementario de este último -art. 127 bis 4 CP, art. 127 *sexies in fine* CP, art. 128 CP-)³¹. El juicio de proporcionalidad se proyecta e interfiere con los derechos fundamentales del justiciable, en especial con el principio de inocencia, pudiendo devaluarlos o vaciarlos de contenido³², razón por la cual se exige que se lleve a cabo motivadamente debiendo descansar sobre una excelente argumentación, y sin que su aplicación suponga un sacrificio injustificado para el acusado, investigado o tercero afectado. En este sentido nuestro TC en su ST 207/1996, para la operatividad del referido principio de proporcionalidad, requiere que se trate de una resolución especialmente motivada, idónea, necesaria y proporcionada en “relación con un fin constitucionalmente legítimo”³³, a lo que hemos de añadir

²⁸ En el marco de la jurisprudencia del TEDH se habrá de estar, a la doctrina consolidada en las Sentencias *Miailhe v. Francia*, 25 de febrero de 1993; *Niemitz v Alemania*, 16 de diciembre de 1996; *Z. v. Finlandia*, 25 febrero de 1997; *Smirnov v. Rusia*, 12 noviembre 2007). Por lo que se refiere a la doctrina del TJUE podemos citar, 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. Estas sentencias están relacionadas con la euroorden.

²⁹ KOSTORIS, Roberto E. “*Orden Europea de investigación ...*” *Op. cit.* pág. 322.

³⁰ Todo ello se proyecta negativamente sobre la previsibilidad del conocimiento y de la claridad de las reglas a aplicar.

³¹ *Vid.* Garrido Carrillo, F.J., *El decomiso. Innovaciones, deficiencias y limitaciones en su regulación sustantiva y procesal*, Ed. Dykinson 2019, en prensa.

³² S.Tsakyarakis, Proportionality: An Assault on Human Rights?, en *International Journal of Constitutional Law*, 2009, 7, pág. 468 y ss.

³³ STC 207/1996 de 16 de diciembre, señala concretamente en su FJ 4º, “que la medida limitativa del derecho fundamental está prevista por la Ley, que sea adoptada mediante resolución judicial

que dicha aplicación del juicio de proporcionalidad tampoco sería admisible si devalúa o vacía de contenido los derechos y garantías procesales del justiciable³⁴.

Continuado con los requisitos, se exige por otro lado que exista *equivalencia*, es decir que la medida de investigación que se acuerda con la OEI, se hubiera adoptado en un caso interno en las mismas condiciones. Esto también lo habrá de valorar el Juez o Fiscal que la acuerde, que deberá razonar si la misma es pertinente para los fines de la investigación, o para la parte que intenta hacerla valer en juicio, si es proporcionada en relación con los hechos investigados o enjuiciados, y con los derechos que pudieran verse afectados. Esta equivalencia, que es otra manifestación del principio de proporcionalidad, también se conoce como *el requisito de legalidad*, y se recoge con escasa precisión terminológica del art. 6.1. b) DOEI que sólo hace referencia a que "*podría haberse dictado en las mismas condiciones para un caso interno similar*". Como dice Arangüena³⁵, con este requisito se persigue evitar el llamado "*fórum 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.

En cuanto a la denegación de la emisión de la OEI, esta habrá de ser motivada, de tal modo que la parte que la propuso pueda conocer los motivos de fondo por lo que se deniega, siendo susceptible de recurso. En este sentido la Directiva exige un régimen de recursos³⁶ igual al que rija en el ordenamiento interno para un supuesto similar (art. 14.2 DOEI).³⁷ Se trata de una remisión general al régimen de recursos internos, lo que significa que durante la fase de instrucción cabe la posibilidad de recurso de reforma y subsidiario de apelación o, en su caso, queja, y durante la fase de enjuiciamiento la irrecorribilidad de la admisión de pruebas, sin perjuicio de su reproducción como cuestión previa al acto del juicio.

En este punto surge la cuestión de las actuaciones llevadas a cabo por el MF en el marco de sus diligencias preprocesales, pues en estos casos la OEI se acuerda por Decreto, y no cabe recurso alguno contra el mismo, sin perjuicio de la valoración que pudiera darse con posterioridad en el correspondiente proceso

especialmente motivada, y que sea idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo. A todos ellos hay que sumar otros derivados de la afectación a la integridad física, como son que la práctica de la intervención sea encomendada a personal médico o sanitario, la exigencia de que en ningún caso suponga un riesgo para la salud y de que a través de ella no se ocasione un trato inhumano o degradante....".

³⁴ La construcción de instrumentos procesales en la Unión Europea sobre principios y no sobre reglas conlleva el riesgo de una involución de los derechos y libertades de los ciudadanos, y todo ello pone de relieve la falta de decisión del legislador europeo para crear verdaderas reglas probatorias europeas con un diseño federal en base al art. 82 TFUE.

³⁵ Arangüena Fanego, C., (2017), Orden Europea de Investigación: próxima implementación ...” *op. cit.* Pág. 924.

³⁶ Recordemos que el art. 13.1 LRM establece como regla general la posibilidad de interponer recurso *contra las resoluciones por la que se acuerde la transmisión de un instrumento de reconocimiento mutuo* (...)

³⁷ La decisión de emisión de la OEI no será susceptible de recurso ante la autoridad encargada de su ejecución en el otro Estado, sin perjuicio de velar por el respeto de los derechos fundamentales que pudieran verse afectados en el estado de ejecución..

penal, de conformidad con lo previsto en la LECrim (art. 13.4 LRM)³⁸. Resulta complejo que en el caso de Decreto del MF denegando una OEI, no quepa posibilidad de impugnación del mismo, pues esto concilia mal con el debido respeto de los derechos fundamentales y tutela judicial efectiva en el proceso penal español, piénsese por ejemplo en el proceso penal de menores, en el que el MF es el responsable de la Instrucción, y como tal podría denegar una OEI solicitada por la defensa del menor investigado, afectándose la igualdad de armas del mismo en relación a la Fiscalía. No parece aquí suficiente la previsión del art. 13.4 LRM, y por lo tanto no sería sorprendente que por el afectado se instara un recurso de amparo o una cuestión de inconstitucionalidad pues estamos ante la posible limitación del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE.

- Por último, en cuanto a los requisitos formales, cuando sea la autoridad española la que emita la OEI se habrá de estar a lo dispuesto en los artículos 188 a 204 de la LRM³⁹.

4. Validez de los actos de investigación realizados en el estado de ejecución.

Ya se ha señalado que la OEI se basa en presupuestos muy inciertos e indefinidos, como son el respeto a los derechos fundamentales y el respeto a los principios fundamentales del ordenamiento del Estado de ejecución. Estos presupuestos son modulados tanto a través del control ejercido por el principio de proporcionalidad de la OEI, como de los “acuerdos” y “consultas” que se prevé que se realicen entre las autoridades de ejecución y de emisión de la OEI para alcanzar “soluciones compartidas”. Por lo tanto en nuestro análisis es oportuno ahora abordar los aspectos que condicionan la validez de los actos de investigación realizados en el Estado de ejecución.

Nuestra ley de transposición ha dejado establecido que estos actos serán válidos *“siempre que no contradigan los principios fundamentales del ordenamiento jurídico español ni resulten contrarios a las garantías procesales reconocidas en éste”* (art. 186.1 LRM), pero esta precisión normativa del

³⁸ El artículo 13.4 de la LRM establece que *“no cabrá recurso alguno contra la decisión de transmisión de un instrumento de reconocimiento mutuo acordada por el Ministerio Fiscal en sus diligencias de investigación, sin perjuicio de su valoración posteriormente en el correspondiente procedimiento penal, de conformidad con lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal”*, y este precepto hay que ponerlo en relación con lo dispuesto en la Circular 4/2013 de 30 de diciembre, de la FGE, que refiere que *“los decretos dictados por el Fiscal en el seno de unas diligencias de investigación deben considerarse irrecurribles. Tal irrecurribilidad no puede considerarse generadora de indefensión, pues quien considere lesionados sus derechos puede reproducir sus pretensiones ante la autoridad judicial”* (pág. 42, 2º párrafo). E incluso sigue señalando la circular que aún en el caso de que se permitiera la interposición de recurso, estaría circunscrito al investigado porque en dichas actuaciones tampoco se permite la personación de acusación particular o popular (pág. 44).

³⁹ La OEI, en relación a su forma y contenido (art. 188.LRM y art. 5 DOEI) se expedirá en modelo normalizado (anexo XIII de la LRM, y anexo A de la Directiva), junto a este anexo no será preciso remitir el testimonio de la resolución que acuerde su libramiento. Y el formulario deberá ir firmado por la autoridad judicial competente para dictar la resolución en que se acuerda (art. 7.2 LRM). Por lo tanto como el formulario deberá ir firmado por la autoridad judicial competente, quedan fuera los Letrados de la Administración de Justicia pese a que la Instrucción 2/2009 de la Secretaría General de la Administración de Justicia relativa al fomento de la cooperación jurídica internacional les atribuye dicha competencia al amparo de los artículos 454.1 de la LOPJ y 7 f) del Reglamento orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales

legislador español no puede suponer una limitación a la aplicación del Derecho de la Unión, ni a su primacía sobre el ordenamiento interno⁴⁰. En este sentido el Juez Español deberá velar por que las actuaciones en materia de investigación y en especial en el seno de un proceso penal, respeten los derechos y garantías procesales de sospechosos y acusados en el ordenamiento español, y esto, hoy en día nos remite directamente a las diferentes Directivas europeas que sobre esta materia se han aprobado en los últimos años (derecho a interpretación y traducción, derecho a información, derecho a la asistencia de letrado, derecho a la presunción de inocencia y a estar presente en juicio, garantías procesales de menores sospechosos y acusados, asistencia jurídica gratuita).⁴¹.

En nuestro análisis, es importante tener en cuenta que la DOEI en su artículo 1.4. señala, que su aplicación "*no podrá tener por efecto modificar la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos enunciados en el artículo 6 del TUE, incluido el derecho de defensa de las personas imputadas en un proceso penal, y cualesquiera obligaciones que correspondan a las autoridades judiciales a este respecto permanecerán incólumes*"⁴². Por lo tanto, en principio podríamos convenir que, atendiendo a esta regulación, y a la primacía del ordenamiento comunitario sobre el ordenamiento interno, y de conformidad con lo manifestado por nuestro TS en su ST de la Sala 2ª 456/2013 de 9 de junio, los Tribunales españoles no podrían revisar las actuaciones llevadas a cabo en otro país de la UE, pues nuestro más alto Tribunal dispone que no pueden convertirse en "...en custodios de la legalidad de actuaciones efectuadas en otro País de la Unión Europea", pues esta actuación, "deviene inaceptable (...) en el marco de la Unión Europea, definido como un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que la acción común entre los Estados miembros en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal es pieza esencial (...), no cabe efectuar controles sobre el valor de lo realizado ante las autoridades judiciales de los diversos países de la Unión, ni menos de su adecuación a la legislación española cuando aquellos se hayan efectuado en el marco de una Comisión Rogatoria y por tanto de acuerdo con el artículo 3 del Convenio Europeo de Asistencia en materia penal..."⁴³.

⁴⁰ Los principios de Unidad y eficacia son básicos en el ordenamiento europeo y como ya señaló el TJUE en su Sentencia de 26 de febrero de 2013 (asunto C-399/11), en respuesta a la primera cuestión prejudicial que le fue formulada por el Tribunal Constitucional Español, "*la invocación por un Estado miembro de las Disposiciones del Derecho nacional, aun si son de rango constitucional no pueden afectar a la eficacia del Derecho de la Unión en el territorio de ese Estado...*". No obstante es posible la aplicación de estándares nacionales de protección de los Derechos fundamentales "*siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión*".

⁴¹ Sobre los derechos y garantías procesales de los sospechosos e investigados en el proceso penal, se puede ver entre otros trabajos; Arangüena Fanego, C, y De Hoyos Sancho, M. (Directoras), *Garantías procesales de investigados y acusados. Situación actual en el ámbito de la Unión Europea*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2018. Faggiani, V., *Los derechos procesales en el espacio europeo de justicia penal. Técnicas de armonización*, Aranzadi, 2017.

⁴² En la Directiva se encuentran múltiples reenvíos al deber de respetar los derechos fundamentales enunciados en el artículo 6 TUE, y así además de en el artículo 1.4, también en el 11.1 f), en el 14.2 y en el 14.7 DOIE.

⁴³ Sobre esta cuestión *vid* también la STJUE de 6 de marzo de 2018, Achmea, C284/16, y las STS 259/2005 de 4 de marzo, 480/2009 de 22 de mayo o 4777/2013 de 8 de octubre.

Pero esta jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, que se conoce como “*principio de no indagación*” ha sido matizada recientemente por una nueva Sentencia, ST 116/2017 de 23 de febrero (Sala 2ª), que limita el ámbito de aplicación del mencionado principio a aspectos formales en la práctica de la prueba, y así ha dejado dicho que “es lógico que la validez en el proceso penal español de actos procesales practicados en el extranjero no se condicione al grado de similitud entre las reglas formales que, en uno y otro Estado, singularizan la práctica de esa prueba. Al juez español no le incumbe verificar un previo proceso de validación de la prueba practicada conforme a normas procesales extranjeras. Pero la histórica vigencia del principio *locus regit actum*, de dimensión conceptual renovada a raíz de la consolidación de un patrimonio jurídico europeo, no puede convertirse en un trasnochado adagio al servicio de la indiferencia de los órganos judiciales españoles frente a flagrantes vulneraciones de derechos fundamentales. Incluso en el plano semántico la expresión principio de no indagación, se interpreta desbordando el ámbito exclusivamente formal que le es propio, resulta incompatible con algunos de los valores constitucionales comprometidos en el ejercicio de la función jurisdiccional”.

En definitiva, la prueba obtenida en otro país sería inválida si no se respeta nuestro propio nivel de protección de derechos fundamentales sobre materias no armonizadas en la UE, y en el caso de que se trataran de materias reguladas ya en la UE como los derechos de presunción de inocencia, información, traducción, interpretación, asistencia letrada y protección de la víctima, y prueba transfronteriza, resulta de aplicación la doctrina *Melloni* (STJUE de 26 de febrero de 2013), por lo que en aplicación del principio de primacía del Derecho de la Unión, a la hora de aplicar un instrumento de reconocimiento mutuo, prevalece el nivel de protección de los derechos fundamentales derivado de la CDFUE y la jurisprudencia del TJUE, y no el del ordenamiento constitucional interno, aun en el caso de que su grado de intensidad sea menor que el otorgado por la normativa nacional⁴⁴.

Por lo tanto, corresponde al juez español velar y verificar que en la obtención de la prueba no se han vulnerado derechos y garantías fundamentales, pero esta labor tal y como se prevé en la doctrina de nuestro TS, la ha de llevar a cabo no sólo desde el derecho nacional, sino también desde la óptica más amplia del derecho de la UE, desde este análisis amplio e integrado podrá determinar la ilicitud de la prueba obtenida y en consecuencia si procede su exclusión del proceso (art. 11 LOPJ). Por último y para el caso en el que España sea el Estado de ejecución, podría denegarse la OEI si entiende que con la ejecución pudiera vulnerar los derechos fundamentales reconocidos tanto en la CDFUE, como en el CEDH, de conformidad con el artículo 6 TUE, artículo 207.1 d) de la LRM, y art. 11.1 f) de la DOEI.

5. Conclusiones

La transposición a la normativa española de la OEI se ha llevado a cabo con importantes deficiencias y limitaciones, como son la exclusión en España de la OEI de los procedimientos administrativos y de los procesos ajenos al proceso

⁴⁴ Sobre esta cuestión *Vid.* Mapilli Marchena, C., *El modelo de la Unión Europea*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pág. 588-597.

penal; la no previsión de una autoridad distinta a la autoridad judicial o fiscal; o la ausencia de un mínimo sistema de validación. Todo ello, junto con las singularidades propias del sistema procesal penal español, en especial en relación a la posición, capacidades y funciones del Ministerio Fiscal, ponen de relieve la dificultad para encontrar el adecuado equilibrio entre el respeto a los elementos esenciales de nuestro ordenamiento y la necesidad de que el innovador instrumento de la OEI sea eficaz, y pueda alcanzar sus objetivos en un marco de seguridad y certeza.

Bien es cierto que la OEI se basa en presupuestos intencionadamente muy indefinidos, como son la prohibición de que no se contradigan los principios fundamentales del ordenamiento jurídico español y el respeto a los derechos fundamentales del acusado o investigado. Estos presupuestos que funcionan como elemento de contención, son modulados por el principio de proporcionalidad, y por los acuerdos y consultas que pueden realizar las autoridades de emisión y ejecución para alcanzar "soluciones compartidas". Pero estos sistemas de control no pueden y no deben, por un lado, devaluar el sistema de derechos y garantías que nos hemos otorgado, haciéndolo elegible o excepcionable, y por otro lado tampoco deben generar incertidumbre y falta de seguridad, abusando del recurso a la flexibilidad y principio de proporcionalidad, que actuarían como válvula de escape del sistema.

Todo esto, es ejemplo de la complejidad y dificultad que supone intentar conformar un verdadero título judicial europeo, en el marco de un conjunto de sistemas jurídicos diferenciados y con perfiles propios. Pero dicho esto, y a pesar de lo que pudiera parecer por los últimos acontecimientos, de los que dan debida cuenta los medios de comunicación, es de justicia reconocer que la cooperación judicial internacional en materia penal para obtención de pruebas en la Unión Europea funciona, a pesar de sus limitaciones, y por lo tanto la puesta en marcha de un instrumento como la OEI, que sustituye a los anteriores convenios, es un avance extraordinario y cualitativo. Se avanza, en un complejo equilibrio con distintas culturas jurídicas y sistemas procesales, en la armonización legislativa de los ordenamientos de los distintos EEMM, se crea un marco jurídico más simplificado, seguro y eficiente, que nutre la necesaria confianza mutua, profundizando en un Espacio de libertad, seguridad y justicia, desde el respeto a los derechos y garantías. Se incorporan plazos para su cumplimiento, se potencia la comunicación directa entre autoridades y se normalizan sus modelos de comunicación, y por último se aprovecha la experiencia del régimen convencional de cooperación existente.

En definitiva con la OEI, y a pesar de sus deficiencias, se intenta superar los modelos conceptuales cerrados y autosuficientes de los procesos penales nacionales para orientarse a modelos de legalidad preferentemente judicial⁴⁵. Sin duda, quedan muchos elementos por mejorar, pero no debemos olvidar que la construcción europea, y la búsqueda de una arquitectura jurídica única, en muchas ocasiones avanza, no con sinergias industriales sino con técnicas artesanales.

⁴⁵ Sobre esta cuestión Vid. Kostoris, R.E., *Diritto europeo e giustizia penale*, en *Manuale di procedura penale europeo*, a cura di R.E. Kostoris, 3ª Ed. Giuffrè, 2017.

6. Referencias bibliográficas

- Arangüena Fanego, C, y De Hoyos Sancho, M. (Directoras) (2018), *Garantías procesales de investigados y acusados. Situación actual en el ámbito de la Unión Europea*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- 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>.
- Bachmaier Winter, L. (2015) “Transnational Evidence: Towards the Transposition of the Directive 2014/41 regarding the European Investigation Order in Criminal Matters”, *Eu crim*, núm. 2, pág. 47-60.
- Delgado Sancho, C.D., (2018), “La fase preprocesal en el delito fiscal”, *Carta Tributaria. Revista de Opinión nº 44, 2018, 1 de noviembre de 2018*, Ed. Wolters Kluwer, pág. 1-14.
- Faggiani, V., (2017), *Los derechos procesales en el espacio europeo de justicia penal. Técnicas de armonización*, Aranzadi.
- Garrido Carrillo, F.J., (2019), *El decomiso. Innovaciones, deficiencias y limitaciones en su regulación sustantiva y procesal*, Ed. Dykinson, Madrid (en prensa).
- Jimenez-Villarejo Fernández, F. (2015), “La nueva regulación del decomiso y la recuperación de activos delictivos en el ordenamiento jurídico español”, *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 0, pág. 94-145.
- Kostoris, R.E., (2017), Diritto europeo e giustizia penale, en *Manuale di procedura penale europeo*, a cura di R.E. Kostoris, 3º Ed. Giuffrè.
- Kostoris, Roberto E. (2018), “Orden Europea de investigación y derechos fundamentales”, en *Garantías procesales de investigados y acusados. Situación actual en el ámbito de la Unión Europea*, Arangüena Fanego C. y De Hoyos Sancho, M. (Directoras), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 321-336.
- Lopez Jara, M., (2018), “Ley 3/2019 de 11 de junio por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, para regular la orden Europea de investigación”, *Diario la Ley nº9252*, 5 de septiembre de 2018, pág. 1-39.
- Mapilli Marchena, C., (2014), *El modelo de la Unión Europea*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor.
- Rodríguez-Medel Nieto, C., (2017), “*Prueba penal transfronteriza: su obtención y admisibilidad en España*”, Tesis Doctoral Universidad Complutense, Madrid.
- S. Tsakyrakis, (2009), *Proportionality: An Assault on Human Rights?*, en *International Journal of Constitutional Law*, 7, págs. 468-493.
- Villodre López, J. (2018) “La Orden Europea de investigación penal: transposición de la Directiva 2014/41 del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014 (I)”, *Diario La Ley*, 24 de mayo de 2018, pág. 1-10.