

# Luces y sombras de La Orden Europea De Investigación\*

## Lights and Shadows of the European Investigation Order

---

ELENA LARO GONZÁLEZ

Profesora Contratada Doctora. Universidad de la Laguna

[mlarogon@ull.edu.es](mailto:mlarogon@ull.edu.es)

ORCID: 0000-0002-0450-1115

Recibido: 30/10/2022. Aceptado: 30/11/2022.



Este artículo está sujeto a una [licencia “Creative Commons Reconocimiento-No Comercial” \(CC-BY-NC\)](#).

DOI: <https://doi.org/10.24197/ree.Extraordinario%20monogr%C3%A1fico%201.2023.129-144>

**Resumen:** El presente trabajo ofrece una visión general de algunos de los problemas que subyacen de la orden europea de investigación, especialmente los concernientes a la interpretación del art. 14 de la Directiva 2014/41/UE por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En este sentido, aparecen dudas sobre la legitimación del Ministerio Fiscal español para la emisión y ejecución de una OEI cuando sus actos no puedan ser recurridos.

**Palabras clave:** cooperación judicial penal; orden europea de investigación; recursos; Gavanzov I y II; Ministerio Fiscal español

**Abstract:** This paper provides an overview of some of the issues underlying the European Investigation Order, especially those concerning the interpretation of Art. 14 of Directive 2014/41/EU by the Court of Justice of the European Union. In this regard, doubts arise as to the standing of the Spanish Public Prosecutor's Office for the emission and execution of an EIO when its acts cannot be appealed.

**Keywords:** judicial cooperation in criminal matters; European Investigation Order; legal remedies; Gavanzov I and II; Spanish Public Prosecutor's Office

---

---

\* Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación “Proceso penal y Unión Europea. Análisis y propuestas” (Ref. PID2020-116848GB-I00).

## INTRODUCCIÓN

En la evolución y consolidación del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia se ha recorrido un largo camino donde se ha avanzado considerablemente, aunque también se han sorteado algunos obstáculos. En el desarrollo de este espacio ha sido esencial la cooperación judicial penal, que se asienta sobre los pilares de los principios de reconocimiento mutuo y confianza recíproca, donde se han adoptado una serie de medidas que han dado como resultado la promulgación de distintos instrumentos legislativos, entre los que destacan las órdenes europeas de detención y entrega, de vigilancia, de protección, de investigación, etc.<sup>1</sup> En materia probatoria se promulgó la orden europea de investigación (en adelante, OEI), a la que nos referiremos en este trabajo y, aunque prescindiremos de un análisis generalizado de sus aspectos básicos, nos centraremos en los puntos positivos y negativos que presenta el instrumento, con especial énfasis en los problemas del sistema de recursos que implementa, sobre todo después de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

## 1. BALANCE DE LA ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACIÓN

### 1. 1. Aspectos positivos

Debido a la complejidad del sistema probatorio que precedía a la OEI y ante la necesidad de solucionar los problemas existentes surge un nuevo planteamiento con la clara intención de agilizar los procedimientos y, por ello, fomentar una cooperación más eficaz. Así, en el año 2014 se promulga la Directiva reguladora de la OEI, cuyo objetivo principal es la emisión y transmisión de la orden a una autoridad del Estado de ejecución para que practique una o varias medidas de investigación con la intención de obtener o asegurar elementos probatorios (art.1 Directiva 2014/41/UE)<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Jimeno Bulnes, Mar (2022), *La evolución del espacio judicial europeo en materia civil y penal: su influencia en el proceso español*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 27-81.

<sup>2</sup> Para un mayor análisis del instrumento, consúltese: Arangüena Fanego, Coral (2017), “Orden Europea de Investigación: próxima implementación en España del nuevo instrumento de obtención de prueba penal transfronteriza”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 58, pp. 905-939; Domínguez Ruiz, Lidia (2019), *La Orden Europea de Investigación: análisis de la regulación europea y española*, Tirant lo Blanch,

Entre sus logros podemos destacar la superación de la disponibilidad probatoria, característica del anterior exhorto europeo de obtención de pruebas, ya que ahora se permite la práctica de verdaderas diligencias de investigación. Del mismo modo, sustituye al complejo y fragmentado sistema anterior y aglutina en un único instrumento las normas de obtención y aseguramiento probatorio.

Entre sus puntos positivos podemos señalar su buen funcionamiento y uso frecuente por parte de las autoridades judiciales<sup>3</sup>, debido entre otros motivos a su amplio ámbito de aplicación, que permite la práctica de cualquier diligencia de investigación, salvo algunas excepciones que quedan al margen.

Aunque es innegable que constituye una herramienta jurídica para las autoridades judiciales en la búsqueda de material probatorio que coadyuva a la lucha contra la criminalidad transfronteriza, hay materias que no tienen un tratamiento específico en la propia norma y dificultan la investigación, como es el caso de la obtención y aseguramiento de datos electrónicos, donde se está trabajando y ya se cuenta con una Propuesta de Reglamento e-evidence que viene a completar el marco jurídico existente<sup>4</sup>.

## 1.2. Deficiencias y limitaciones en su funcionamiento

---

Valencia; Llorente Sánchez-Arjona, Mercedes (2020), *La Orden Europea de Investigación y su incorporación al Derecho español*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

<sup>3</sup> En términos estadísticos se produce un incremento anual en la utilización del instrumento, como así se constata en las Memorias de la FGE.

<sup>4</sup> Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal, COM (2018) 225 final, de 17 de abril de 2018. *Vid.* De Hoyos Sancho, Montserrat (2022), “Reflexiones acerca de la propuesta de Reglamento UE sobre las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal”, *Revista General de Derecho Procesal*, 58; Grande Seara, Pablo (2022) “Las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas penales electrónicas en el marco de la lucha contra la delincuencia organizada”, en Garrido Carrillo, Francisco Javier y Faggiani, Valentina (Dir.), *Lucha contra la criminalidad organizada y cooperación judicial en la UE: instrumentos, límites y perspectivas en la era digital*, Aranzadi, pp. 63-93; Tosza, Stanislaw (2020), “All evidence is equal, but electronic evidence is more equal than any other: The relationship between the European Investigation Order and the European Production Order”, *New Journal of European Criminal Law*, vol. 11(2), pp. 161-183.

Como en todo instrumento de reconocimiento mutuo existen aspectos mejorables que potenciarían una mayor operatividad, bien por las lagunas existentes en la norma o por su deficiente regulación.

El primer punto que debemos resaltar es la amplitud de los plazos para el reconocimiento y ejecución de una orden, que pueden extenderse hasta ciento cincuenta días, causando en algunas ocasiones la dilatación del procedimiento y la ineficacia del instrumento. Existen ciertas diligencias que precisan de mayor tiempo para llevarlas a cabo, pero otras como por ejemplo la comparecencia por videoconferencia no exigen agotar un plazo tan amplio para su ejecución, aunque la carga de trabajo de los órganos judiciales es una dificultad añadida que impide acortar los tiempos. Parece que se ha puesto el foco en la necesidad de reducir los plazos para obtener la prueba y así se evidencia en la citada propuesta de Reglamento (e-evidence) que introduce una mejora en cuanto a los plazos procesales, ya que los reduce considerablemente, debido a la fugacidad de la evidencia digital.

Otra cuestión que genera problemas en la práctica es la traducción del formulario porque en algunos casos no cuenta con una calidad óptima que permita su entendimiento y puede dar lugar a malas interpretaciones en apartados tan relevantes como la descripción de los hechos delictivos. Esto obliga a buscar una solución donde se podría aprovechar las múltiples ventajas que ofrecen las nuevas tecnologías para eliminar las barreras lingüísticas (por ejemplo, traductores simultáneos).

La Directiva 2014/41/UE tampoco ofrece un trámite de audiencia a las partes en el procedimiento de emisión, el cual sí ha sido incorporado, por ejemplo, en la transposición italiana. Parece que se ha conferido mayor importancia a la actuación de las autoridades judiciales que a la intervención de las partes en el proceso.

Igualmente, la norma contiene preceptos ambiguos que no favorecen la aplicación homogénea del instrumento y que suscitan interpretaciones diversas, como sucede con las disposiciones relativas a la suspensión de la ejecución.

Un añadido en la aplicación práctica del instrumento es la escasa formación de los operadores jurídicos, incluyendo tanto a las autoridades judiciales como a los propios abogados, quienes muchas veces desconocen su funcionamiento.

En este orden de cosas, no podemos dejar al margen la interpretación de del art. 14 de la Directiva 2014/41/UE, dedicado al sistema de recursos, tema que abordaremos en las páginas siguientes.

Ante las dudas que plantea el instrumento, el TJUE ya se ha tenido que pronunciar en varias ocasiones, aun cuando los pronunciamientos no son muy numerosos quizás porque el periodo de transposición de la norma finalizó en 2017<sup>5</sup>. Los asuntos tratados se refieren al concepto de autoridad y, más recientemente, a las vías de recurso<sup>6</sup>.

A estas deficiencias se suman las inherentes a la implementación española que merecen mencionarlas sucintamente. La transposición española insta un sistema de competencias compartidas entre jueces y fiscales, tanto en la fase de emisión como de ejecución, aunque resultan especialmente llamativas las atribuciones a la fiscalía en sede de ejecución. Así pues, se refuerza el papel del MF español, cuya posición desencadena algunos problemas prácticos, ya que conforme con la configuración actual del proceso penal solo podrá ser autoridad de emisión en el marco de sus diligencias preliminares y en la instrucción del proceso penal del menor. Si bien es cierto, los datos estadísticos reflejan que la intervención del MF en sede de emisión es mucho menor respecto con la fase de ejecución, probablemente por el escaso recorrido que tienen sus diligencias preliminares que dificultan la puesta en marcha de un procedimiento de cooperación con resultados satisfactorios en un periodo tan breve de tiempo.

Como autoridad de ejecución asume importantes competencias como: la elaboración de un informe sobre la concurrencia o no de motivos de denegación; la valoración sobre la sustitución de la medida requerida, obligándole a realizar un control de legalidad y proporcionalidad; igualmente, entre las novedades de la LRMRP destaca la exclusiva recepción por el MF de las órdenes provenientes del extranjero, tarea hasta ese momento desconocida.

En otro apartado señalamos que tiene la función de determinar el órgano competente para la ejecución de la medida, cuya competencia

---

<sup>5</sup> Dicho plazo se incumplió por algunos de los Estados Miembros, entre ellos España, lo cual desencadenó en la iniciación de procedimientos de infracción contra 13 Estados.

<sup>6</sup> SSTJUE de 24 de octubre de 2019 (asunto C-324/17 Gavanzov I); 8 de diciembre de 2020 (asunto C-584/19); 2 de septiembre de 2021 (asunto C-66/20); 11 de noviembre de 2021 (asunto C-852/19 Gavanzov II); 16 de diciembre de 2021 (asunto C-724/19). *Vid.* Pérez Gil, Julio (2020), “Orden europea de investigación: primeras respuestas del TJUE”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, n° 12, pp. 153-164.

desconocemos si tiene carácter vinculante. En este caso se cuestiona cuál sería la solución cuando la autoridad que reciba la orden para su ejecución se considere incompetente<sup>7</sup>. En conexión con esto, otro problema es el que se refiere a la declaración de incompetencia para la ejecución por parte de la autoridad judicial que recibe la orden y la posible remisión de la orden a la autoridad que se entienda competente o al Ministerio Fiscal como autoridad receptora. Sobre este particular ya contamos con algunas resoluciones judiciales de los tribunales españoles que aplican criterios diversos<sup>8</sup>. En este modelo basado en la bifurcación de competencias el rol que asume la fiscalía es novedoso y también genera algunas controversias en torno a la adopción de decisiones que se apartan de sus competencias internas, principalmente porque dicha posición parece no casar con las funciones que desempeña en el actual proceso penal español. Esta remodelación quizás encaje mejor con la futura encomienda al fiscal español, en caso de que finalmente se acabe transitando a otro tipo de proceso penal.

Por otra parte, el régimen de confidencialidad de la OEI y la imposibilidad de que el MF decrete el secreto de las actuaciones también genera cierta inquietud<sup>9</sup>. A pesar de la limitación que tiene el MF para ello, partimos del deber de reserva que preside la fase de investigación y la sujeción del fiscal a los deberes de reserva y sigilo que podrían garantizar la confidencialidad exigida por la norma europea. No olvidemos que la declaración del secreto de sumario es una medida excepcional, por lo que decretarla con carácter general para cualquier actuación de cooperación podría resultar excesiva y desproporcionada.

Y, por último, en clave española señalamos el problema que subyace de la falta de un medio de impugnación contra los decretos de la fiscalía y el cumplimiento del mandato del art. 14 de la Directiva, tema que abordamos con detalle a continuación.

---

<sup>7</sup> Auto de la Audiencia Nacional nº 483/2021, de 22 de diciembre.

<sup>8</sup> Auto nº 1566/2019 del Juzgado Central de Instrucción nº 2, de 14 de junio y Auto nº 344/2019 de la Audiencia Nacional, de 1 de julio; Auto nº 668/2019 de la Audiencia Provincial de Gerona, de 10 de octubre.

<sup>9</sup> Aguilera Morales, Marien (2019), “La implementación de la orden europea de investigación: el dolor de la lucidez”, en Bueno de Mata, Federico (Dir.) *La cooperación procesal internacional en la sociedad del conocimiento*, Atelier, 2019, pp. 209-224; Rodríguez-Medel Nieto, Carmen (2015), *Tesis doctoral prueba penal transfronteriza: su obtención y admisibilidad en España*, p. 413

## 2. EL CUESTIONADO SISTEMA DE IMPUGNACIÓN

### 2.1. Régimen jurídico

El art. 14.1 de la Directiva no contiene un mandato específico, simplemente se limita a ordenar a los Estados a que velen por que las vías de recurso previstas para un caso interno similar sean aplicables a las medidas de investigación contenidas en la OEI. Con la indefinición del precepto no resulta sencillo interpretar qué abarca esta obligación<sup>10</sup>.

Ya en sede de emisión, el apdo. 2 establece que los motivos de fondo por los que se haya emitido la orden se impugnarán ante la autoridad de emisión, salvo que exista vulneración de derechos fundamentales en la ejecución de la medida; en definitiva, se aplica la regla general en materia de cooperación consistente en el reparto de tareas entre autoridades<sup>11</sup>.

La citada Directiva dedica exclusivamente el art. 14 al sistema de recursos que rige para una OEI, pero la propia ubicación del precepto invita a dudar si la articulación de un medio de impugnación debe preverse en sede de emisión o ejecución, ya que el mismo se inserta dentro del capítulo III, destinado a regular el procedimiento de ejecución. La ubicación del precepto llevaría a pensar que solo cabe interponer recurso contra las resoluciones del Estado de ejecución, aunque lo cierto es que también se hace referencia al Estado de emisión, siendo aplicable en ambos supuestos<sup>12</sup>.

La propia Comisión ha señalado la falta de una respuesta uniforme por parte de los Estados miembros que han realizado distintas interpretaciones en la transposición del precepto<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> El Abogado General Sr. Michal Bobek así lo pone de manifiesto en sus conclusiones presentadas el 29 de abril de 2021 (asunto C-852/19), p. 3.

<sup>11</sup> *Vid.* Costa Ramos, Vania (2018), “Medios procesales de impugnación de la orden europea de investigación: aportaciones a la interpretación del art. 14 de la Directiva”, en Arangüena Fanego, Coral y De Hoyos Sancho, Montserrat (Dir.) *Garantías procesales de investigados y acusados. Situación actual en el ámbito de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 337-380.

<sup>12</sup> Rodríguez-Medel Nieto, Carmen (2016), *Obtención y admisibilidad en España de la prueba penal transfronteriza. De las comisiones rogatorias a la orden europea de investigación*, Aranzadi, Pamplona, pp. 390 y 391.

<sup>13</sup> Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, *sobre la transposición de la Directiva 2014/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal*, de 20 de julio de 2021.

En cuanto a la legislación española, la LRMRP contiene unas disposiciones generales aplicables a cualquier instrumento de reconocimiento mutuo, dedicando los arts. 13 y 24 a regular el régimen de recursos.

Para el procedimiento de emisión se establece que se podrán interponer los recursos previstos en el ordenamiento jurídico español contra las resoluciones de transmisión de un instrumento de reconocimiento mutuo, limitando la posibilidad de impugnar los decretos del Ministerio Fiscal, en cuyo caso su valoración se supedita al posterior procedimiento penal (art. 13 LRMRP), rigiendo entonces un control indirecto y posterior a la actuación de la fiscalía.

En relación con la ejecución de la medida por parte de una autoridad española, la LRMRP determina que se pueden interponer los recursos previstos en la ley procesal (art. 24.1). Sin embargo, veta la posibilidad de impugnar los decretos de la fiscalía, y tiene todo el sentido porque dicho mecanismo no está previsto en el ordenamiento jurídico español, pues de lo contrario se estaría creando una vía alternativa a la que rige en nuestro derecho; sin perjuicio de que se articule la correspondiente impugnación ante la autoridad de emisión y su valoración en el procedimiento que se sigue en este Estado (art. 24.4 LRMRP). A pesar de esta prohibición consideramos que la prueba se valorará en la causa penal incoada en el Estado de emisión y, en caso de una posible vulneración de derechos, podría compensarse con la expulsión de la misma del proceso.

## **2.2. La doctrina del TJUE que marca un antes y un después**

### *2.2.1. Cuestiones prejudiciales formuladas*

El TJUE se ha pronunciado ya en dos ocasiones acerca de la interpretación del art. 14 de la Directiva 2014/41/UE, en relación con un asunto donde se requiere la práctica de diligencias a través de una orden europea de investigación<sup>14</sup>. En el litigio principal el Sr. Gavanzov está procesado en Bulgaria por pertenecer a una organización criminal, concretamente por importar a dicho país azúcar procedente de otros Estados evadiendo

---

<sup>14</sup> La autora Hernández Weiss realiza un análisis de dichas sentencias (Hernández Weiss, Alba (2022), “Effective protection of rights as a precondition to mutual recognition: Some thoughts on the CJEU’s Gavanzov II decision”, *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 0 (0), pp. 1-18).

impuestos. Con el objeto de recabar la prueba pertinente, el Tribunal Penal Especial de Bulgaria emite una OEI para practicar registros e incautaciones en unos locales sitios en la República Checa, así como un interrogatorio de testigo mediante videoconferencia, encontrándose el órgano con algunas dificultades a la hora de completar la parte del formulario dedicada a los recursos.

Por ello en el asunto *Gavanozov I* (C-324/17) el tribunal formula cuatro cuestiones prejudiciales: a) la primera se refiere a la conformidad del art. 14 de la Directiva con el derecho y la jurisprudencia nacional cuando no se prevea un mecanismo de impugnación contra la resolución de emisión de la orden; b) la segunda de ellas se centra en el derecho a formular un recurso por parte del afectado, aun cuando tal control no esté previsto en el derecho nacional; c) a través de la tercera y cuarta cuestión prejudicial el órgano se cuestiona el concepto de parte interesada, en el sentido de si esta condición recae en la persona contra la que se dirige la acusación o también sobre el tercero que soporta la medida.

Más tarde, debido a la insatisfactoria respuesta del TJUE sobre el asunto referido, el tribunal búlgaro vuelve a incidir sobre el tema de fondo planteando ahora dos cuestiones prejudiciales en el asunto *Gavanozov II* (C-852/19): a) en primer lugar, pregunta si es conforme con el derecho europeo que el derecho nacional de un determinado Estado no contemple ninguna vía de recurso contra la emisión de una OEI; b) y cuestiona si en estas condiciones se puede emitir la orden.

### 2.2.2. Argumentación jurídica del TJUE

La primera de las sentencias es relevante precisamente por aquello que no dice, es decir, el tribunal sale por la tangente y resuelve una cuestión meramente formal de cumplimentación del formulario. La segunda sienta un precedente en la materia por la contundencia de los argumentos del TJUE y las conclusiones que se extraen, las cuales vamos a señalar sucintamente:

- se parte de la consideración que el derecho a la tutela judicial efectiva obliga a establecer un mecanismo de impugnación contra la regularidad y necesidad de la orden, así como la eventual reparación cuando la medida se ordene o ejecute ilegalmente, amparando este derecho a las personas afectadas por las incautaciones y registros solicitados en la orden. Por tanto, es competencia del Estado de emisión garantizar el ejercicio de tal derecho en la vertiente de acceso al recurso. En idéntico sentido se

pronuncia en relación con la declaración testifical por videoconferencia, con el agravante de que en este caso se puede llegar a ejercer una medida coercitiva para que la persona comparezca y declare. En consecuencia, con base en la interpretación del TJUE, la existencia de una vía de recurso es imprescindible, pues de no preverse contravendría la normativa europea (arts. 14.2 y 24.7 Directiva 2014/41/UE y 47 de la CDFUE).

En este punto debemos hacer una apreciación en cuanto al concepto de parte interesada, pues conforme con nuestro ordenamiento jurídico para que el afectado por la medida tenga legitimación para atacar la resolución debe constituirse como parte procesal, condición que no recae en el testigo que es ajeno al proceso.

- El tribunal europeo afirma con contundencia que cuando no se contemple un mecanismo de control en sede de emisión se viola el derecho a la tutela judicial efectiva y, por ende, excluye la aplicación del reconocimiento mutuo. En consecuencia, con base en el art. 11.1 f) de la Directiva, se habilita para denegar la orden cuando se den tales circunstancias. Por lo tanto, no procedería la emisión de una OEI cuando tal remedio no esté previsto en el Estado de emisión. Ahora bien, para aplicar el mecanismo de denegación, el Estado de ejecución tendría que hacer un examen del régimen de recursos vigente en el Estado de emisión, porque siguiendo las conclusiones del TJUE en su primera sentencia (*Gavanozov I*) no existe obligación de consignar en el formulario información relativa a los recursos disponibles en sede de emisión; control que dudamos mucho que se vaya a realizar, salvo que sea patente.

Quizás el Tribunal de Luxemburgo está sentando un principio para la armonización de esta materia, porque al final está condicionando la existencia de un recurso en los ordenamientos jurídicos nacionales para que el instrumento de la OEI puede funcionar, pues de lo contrario se restringe la aplicación del instrumento y se frena la cooperación.

Lo expuesto *supra* nos hace reflexionar sobre la legitimación del MF español para emitir una OEI, debido a que sus decretos no son susceptibles de recurso. Y, más aún, ¿incumpliría España el estándar europeo?<sup>15</sup> porque partimos de la presunción que los Estados miembros respetan el derecho de la Unión, así como los derechos fundamentales reconocidos, y

---

<sup>15</sup> Existen otros Estados miembros con circunstancias parecidas. *Vid.* Calavita, Oscar (2022), “Un mezzo di impugnazione per ogni atto di indagine? da Gavanozov II un ulteriore stimolo della corte di giustizia verso l’armonizzazione dei sistemi processuali penali europei”, *La legislazione penale*, pp. 10 y 11.

participan en el sistema de reconocimiento mutuo. La polémica está servida.

### **2.3. ¿Legitimación del Ministerio Fiscal español para la emisión y ejecución de una OEI?**

Como adelantamos la implementación española de la Directiva es innovadora pero también genera algunas preocupaciones por la posición destacada del MF español<sup>16</sup>. Como cuestión previa apuntamos que la norma europea considera a los fiscales como autoridades competentes de emisión y ejecución, asunto que ha sido interpretado por el Tribunal de Luxemburgo<sup>17</sup>.

En el plano nacional la articulación de un sistema de impugnación contra las resoluciones del fiscal español es un tema debatido desde hace algún tiempo y ahora vuelve a relucir con ocasión del nuevo Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020<sup>18</sup>. Y más aún, ahora con ocasión de la orden europea de investigación, se cuestiona la legitimación del Ministerio Fiscal para emitir y ejecutar una orden a raíz de la doctrina europea sobre el régimen de recursos<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> Vid. Moreno Catena, Víctor (2002), “El papel del Ministerio Fiscal en el Estado democrático de Derecho”, *Cuadernos de Derecho Público*, 16, pp. 139-165.

<sup>17</sup> En la STJUE de 8 de diciembre de 2020 (asunto 584/19) precisamente se analizó el concepto de autoridad judicial en la emisión de una OEI por la fiscalía de Hamburgo alejándose de la conocida doctrina sobre la OEDE y concluyendo que la OEI está sometida a unas garantías distintas.

<sup>18</sup> Vid. El estudio exhaustivo que realiza Chozas Alonso sobre el régimen de recursos previsto en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020. Chozas Alonso, José Manuel (2022), “La regulación de los recursos en el anteproyecto de ley de enjuiciamiento criminal 2020. Disposiciones generales, recursos contra resoluciones del letrado de la administración de justicia y los recursos contra autos”, *Revista de la asociación de profesores de derecho procesal de las Universidades españolas*, nº 5, pp. 137-159.

<sup>19</sup> De Hoyos Sancho, Montserrat (2021), “Algunas dificultades en la aplicación práctica de la orden europea de investigación”, en Moreno Catena, Víctor y Romero Pradas, María Isabel (Dir.), *Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 511-536; Martínez Santos, A. (2022), “¿emisión de órdenes europeas de investigación por el Ministerio Fiscal español? Consideraciones sobre la compatibilidad del art. 13.4 de la Ley de Reconocimiento Mutuo con el derecho de la Unión a la luz de las sentencias del TJUE en los asuntos *Gavanozov I y II*”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 57, pp. 272-317.

Aun cuando el término recurso no cuenta con una definición propia en el derecho europeo y partiendo de la base que la regulación del sistema de recursos se asienta sobre los principios de equivalencia y efectividad, esto no implica que en todo caso los Estados miembros deban contemplar en sus ordenamientos jurídicos una vía de impugnación, porque gozan de autonomía procesal para su regulación, siempre con el límite de la tutela judicial efectiva.

Centrándonos en el ámbito de emisión, y con base en la regulación actual, los fiscales podrán emitir una OEI en el marco de sus diligencias preliminares o en la fase de instrucción del procedimiento penal del menor, donde no se prevé un régimen de impugnación contra sus resoluciones. En consecuencia, no resultaría coherente crear una vía alternativa para la OEI, distinta a la prevista actualmente en el derecho español.

En nuestro sistema procesal existen resoluciones que, por su propia naturaleza o por el momento procesal ante el que nos encontremos, son irrecurribles y no por ello se origina automáticamente una vulneración de derechos. Establecer mecanismos generalizados de recursos contra todos los actos puede acarrear el riesgo de una mayor dilatación de los procedimientos y atascar aún más nuestro sistema judicial, ya que podrían ser utilizados por los letrados de las partes de forma indiscriminada.

Como se conoce las diligencias preliminares en nuestro ordenamiento tienen un recorrido limitado y en muchas ocasiones no resulta operativo poner en marcha una OEI en un espacio tan corto de tiempo; motivo por el que quizás el número de órdenes emitidas por el MF español sea menor a las ejecutadas. También destacamos que las citadas diligencias no sustituyen a la instrucción pues su finalidad es meramente preparatoria, cuya función radica en la valoración de la idoneidad de judicializar el asunto o, en su caso, archivarlo, al igual que tampoco tienen valor probatorio. Todo ello nos lleva a pensar que actualmente no supone un problema que no pueda repararse con los mecanismos existentes en nuestro ordenamiento<sup>20</sup>. Esta materia exigiría un mayor análisis en el futuro modelo de proceso penal en el que se le confiere la dirección de la investigación penal al MF, donde ya aparecen las dudas sobre el control de los decretos del fiscal, principalmente porque hay posturas que defienden que se acabaría fusionando los papeles del fiscal y el juez de

---

<sup>20</sup> Cfr. Garrido Carrillo, Francisco Javier (2019), “Insuficiencias y limitaciones de la orden europea de investigación (OEI)”, *Revista de Estudios Europeos*, n.º extraordinario monográfico 1, pp. 219 y 220.

garantías, implicando a este último en la investigación y designando a dos investigadores. Esto nos invita a reflexionar sobre si el régimen de recursos previsto en el ALECRIM 2020 satisface las exigencias del ordenamiento europeo, asunto que excede del presente trabajo.

En conclusión, el interrogante se plantea ahora sobre la adecuación del actual régimen de impugnación español con la reciente doctrina del TJUE, quien debería pronunciarse expresamente.

## CONCLUSIONES

Durante la vigencia de la orden europea de investigación se ha constatado que, además de las ventajas que presenta el instrumento, cuenta con algunas deficiencias. La norma europea contiene determinados preceptos confusos que han propiciado que los Estados miembros adopten variadas interpretaciones. En este sentido, el art. 14 de la Directiva 2014/41/UE ya ha generado el posicionamiento del TJUE por la falta de precisión del mismo, pues resulta inadmisibles que el legislador europeo simplemente se limite a establecer una regla general, eludiendo una regulación detallada sobre los requisitos mínimos que debe reunir el sistema de recursos.

Ahora la sentencia del TJUE (*Gavanozov II*) supone un precedente en el estándar de protección de los derechos fundamentales en el marco de la orden europea de investigación, hasta el punto que limita el reconocimiento mutuo de resoluciones cuando el afectado no pueda ejercitar libremente su derecho al recurso. Con este paso tan importante quizás se esté obligando a los Estados a una armonización legislativa en la materia.

Precisamente nuestro ordenamiento jurídico no contempla la posibilidad de recurrir los decretos del fiscal, quien juega un papel clave en la emisión, reconocimiento y ejecución de las órdenes y por su particular posición también genera algunos inconvenientes, como aquellos que derivan de sus atribuciones competenciales.

Estamos ante un panorama incierto que urge despejar, principalmente porque si el mandato del tribunal europeo es denegar la orden cuando no exista una vía de recurso contra su emisión, se cuestiona directamente la legitimación del Ministerio Fiscal español para emitir y ejecutar una OEI. En definitiva, la posición en la que queda el Estado español es comprometida y probablemente obligue a un pronunciamiento expreso por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

## BIBLIOGRAFÍA

- Aguilera Morales, Marien (2019), “La implementación de la orden europea de investigación: el dolor de la lucidez”, en Bueno de Mata, Federico (Dir.) *La cooperación procesal internacional en la sociedad del conocimiento*, Atelier, pp. 209-224.
- Arangüena Fanego, Coral (2017), “Orden Europea de Investigación: próxima implementación en España del nuevo instrumento de obtención de prueba penal transfronteriza”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 58, pp. 905-939.
- Calavita, Oscar (2022), “Un mezzo di impugnazione per ogni atto di indagine? da Gavanozov II un ulteriore stimolo della corte di giustizia verso l’armonizzazione dei sistemi processuali penali europei”, *La legislazione penale*, pp. 1-17.
- Chozas Alonso, José Manuel (2022), “La regulación de los recursos en el anteproyecto de ley de enjuiciamiento criminal 2020. Disposiciones generales, recursos contra resoluciones del letrado de la administración de justicia y los recursos contra autos”, *Revista de la asociación de profesores de derecho procesal de las Universidades españolas*, nº 5, pp. 137-159.
- Costa Ramos, Vania (2018), “Medios procesales de impugnación de la orden europea de investigación: aportaciones a la interpretación del art. 14 de la Directiva”, en Arangüena Fanego, Coral y De Hoyos Sancho, Montserrat (Dir.) *Garantías procesales de investigados y acusados. Situación actual en el ámbito de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 337-380.
- De Hoyos Sancho, Montserrat (2022), “Reflexiones acerca de la propuesta de Reglamento UE sobre las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal”, *Revista General de Derecho Procesal*, 58.
- De Hoyos Sancho, Montserrat (2021), “Algunas dificultades en la aplicación práctica de la orden europea de investigación”, en Moreno Catena, Víctor y Romero Pradas, María Isabel (Dir.), *Nuevos*

- postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 511-536.
- Domínguez Ruiz, Lidia (2019), *La Orden Europea de Investigación: análisis de la regulación europea y española*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Garrido Carrillo, Francisco Javier (2019), “Insuficiencias y limitaciones de la orden europea de investigación (OEI)”, *Revista de Estudios Europeos*, nº extraordinario monográfico 1, pp. 206-224.
- Grande Seara, Pablo (2022) “Las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas penales electrónicas en el marco de la lucha contra la delincuencia organizada”, en Garrido Carrillo, Francisco Javier y Faggiani, Valentina (Dir.), *Lucha contra la criminalidad organizada y cooperación judicial en la UE: instrumentos, límites y perspectivas en la era digital*, Aranzadi, pp. 63-93.
- Hernández Weiss, Alba (2022), “Effective protection of rights as a precondition to mutual recognition: Some thoughts on the CJEU’s Gavanzov II decisión”, *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 0 (0), pp. 1-18.
- Jimeno Bulnes, Mar (2022), *La evolución del espacio judicial europeo en materia civil y penal: su influencia en el proceso español*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 27-81.
- Llorente Sánchez-Arjona, Mercedes (2020), *La Orden Europea de Investigación y su incorporación al Derecho español*, Tirant Lo Blanch, Valencia.
- Martínez Santos, A. (2022), “¿Emisión de órdenes europeas de investigación por el Ministerio Fiscal español? Consideraciones sobre la compatibilidad del art. 13.4 de la Ley de Reconocimiento Mutuo con el derecho de la Unión a la luz de las sentencias del TJUE en los asuntos *Gavanzov I y II*”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 57, pp. 272-317.

- Moreno Catena, Víctor (2002), “El papel del Ministerio Fiscal en el Estado democrático de Derecho”, *Cuadernos de Derecho Público*, 16, pp. 139-165.
- Pérez Gil, Julio (2020), “Orden europea de investigación: primeras respuestas del TJUE”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, nº 12, pp. 153-164.
- Rodríguez-Medel Nieto, Carmen (2016), *Obtención y admisibilidad en España de la prueba penal transfronteriza. De las comisiones rogatorias a la orden europea de investigación*, Aranzadi, Pamplona.
- Rodríguez-Medel Nieto, Carmen (2015), *Tesis doctoral prueba penal transfronteriza: su obtención y admisibilidad en España*.
- Tosza, Stanislaw (2020), “All evidence is equal, but electronic evidence is more equal than any other: The relationship between the European Investigation Order and the European Production Order”, *New Journal of European Criminal Law*, vol. 11(2), pp. 161-183.