

La sustitución de las medidas de investigación requeridas y la suspensión de la ejecución de la orden europea de investigación¹

Sumario

El presente trabajo analiza uno de los instrumentos más novedosos en materia probatoria, como es la orden europea de investigación. Este instrumento posibilita la obtención y aseguramiento de un elemento probatorio en un Estado distinto al que emite la orden, que supone un avance respecto al antiguo exhorto europeo de obtención de pruebas, que exigía que la prueba estuviera disponible en el Estado de emisión. Nos centraremos en la fase de reconocimiento y ejecución, por la importancia que tiene en el procedimiento de cooperación. Concretamente, trataremos las causas de sustitución y suspensión de la ejecución.

Abstract

This paper analyses one of the newest instruments in the matters of evidence, the European Investigation Order. This instrument makes it possible to obtain and preservation evidence in a other State than the State issuing the warrant, which is an improvement on the old European Evidence Warrant, which required the evidence to be available in the issuing State. We will focus on the recognition and execution, because of its importance in the cooperation procedure. Specifically, we will deal with the causes of replacement and suspension of execution.

Title: *Some alternatives in the execution of the European Investigation Order*

Palabras clave: Cooperación judicial penal; reconocimiento mutuo; orden europea de investigación; medidas de investigación; prueba penal.

Keywords: *Criminal judicial cooperation; mutual recognition; European Investigation Order; investigation measures; criminal evidence.*

DOI: 10.31009/InDret.2021.i4.11


¹ Este trabajo se ha realizado en el marco de una estancia de investigación en la Università degli Studi di Torino, financiada por la Fundación Manuel Serra Domínguez, durante el año 2021; por lo que aprovecho para agradecer a los miembros de dicha Universidad su cálida acogida, así como a la Fundación Serra Domínguez el apoyo económico que me ha prestado para la realización de la misma. Igualmente, se enmarca en el Proyecto I+D+i Nacional “Proceso penal y Unión Europea. Análisis y propuestas” (PID2020-116848GB-I00).

Recepción
28/06/2021

-
Aceptación
03/09/2021

Índice

- 1. Consideraciones generales sobre la orden europea de investigación**
- 2. Reconocimiento y ejecución de una orden europea de investigación**
- 3. La sustitución de la medida solicitada como alternativa a la denegación de la cooperación**
 - 3.1. Aspectos generales del mecanismo de sustitución
 - 3.2. Causas de sustitución de una medida de investigación
 - 3.3. Recurso a una medida distinta a la inicialmente propuesta
 - 3.4. La sustitución en otros instrumentos de reconocimiento mutuo
- 4. La suspensión temporal de la ejecución**
- 5. Conclusión**
- 6. Bibliografía**

-
Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. Consideraciones generales sobre la orden europea de investigación

El incremento de la criminalidad transnacional y de la delincuencia organizada exige que las autoridades policiales y judiciales cuenten con mecanismos eficaces para la lucha contra aquellas. En el campo de la cooperación judicial penal, hay que destacar que la estructura del Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia (en adelante, ELSJ) requería de una renovación que permitiera dar solución a los problemas que presentaba el sistema tradicional de asistencia judicial. Así se reflexionó sobre la necesidad de sustituirlo por otro mecanismo basado en el principio de reconocimiento mutuo, consolidándose definitivamente en el Consejo de Tampere, donde se trató la aplicación de dicho principio a la obtención probatoria². Este sigue siendo uno de los temas prioritarios, cuyo desarrollo normativo se encuentra en los arts. 82 a 86 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE), donde con fundamento en el principio de reconocimiento mutuo se habilita a las instituciones de la Unión a adoptar medidas sobre materias concretas, entre ellas facilitar la cooperación entre las autoridades judiciales y sobre la admisibilidad probatoria entre Estados³.

Partiendo del contexto histórico en materia probatoria tenemos que remontarnos al Libro Verde, donde ya se trató este tema⁴. No obstante, la idea de adoptar normas mínimas en materia probatoria fue impulsada en el Programa de Estocolmo (período 2010-2014) donde se fijan las prioridades de la Unión Europea (en adelante, UE) en lo relativo al ELSJ; concretamente se recoge la necesidad de adoptar un nuevo planteamiento que superara el sistema fragmentario que regía para la obtención de pruebas⁵.

Conforme al *iter* trazado por el Programa de Estocolmo, y con origen en el Libro Verde, en el año 2010 siete Estados miembros, entre ellos España, toman la iniciativa de presentar al Parlamento Europeo y al Consejo de la UE una Directiva relativa al Exhorto Europeo de Investigación (en adelante, EEI)⁶. A este primer texto le suceden otros, como fruto de las intensas negociaciones,

² CASANOVA MARTÍ y CERRATO GURÍ, «La emisión de una orden europea de investigación para la obtención de prueba transfronteriza y su introducción en el proceso penal español», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 62, 2019, pp. 197 y ss.

³ ESTÉVEZ MENDOZA, «El traslado temporal de personas privadas de libertad al amparo de la orden europea de investigación: especialidades según la regulación española», en GONZÁLEZ CANO, (Dir.) *Orden Europea de Investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 352.

⁴ Libro Verde COM (2009) 624 final, de 11 de noviembre de 2009 sobre la obtención de pruebas en materia penal en otro Estado miembro y sobre la garantía de admisibilidad. Es interesante la intención recogida en dicho Libro Verde, aunque no ha llegado a materializarse, de que este nuevo instrumento «podría incluir normas sobre la prueba electrónica». Igualmente, pone de relieve la idoneidad de establecer «unos principios mínimos para facilitar la admisibilidad mutua de las pruebas entre Estados miembros, incluidas las pruebas científicas». *Vid.* LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, «El principio de reconocimiento mutuo y el principio de proporcionalidad en la orden europea de investigación», en MORENO CATENA y ROMERO PRADAS (Dir.) *Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea. Libro homenaje a la Prof.ª M^a Isabel González Cano*, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 559 y ss.

⁵ RODRÍGUEZ GARCÍA, «Orden europea de investigación: España como país de emisión», en GONZÁLEZ CANO (Dir.) *Orden Europea de Investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 475 y ss.

⁶ Iniciativa del Reino de Bélgica, la República de Bulgaria, la República de Estonia, el Reino de España, la República de Austria, la República de Eslovenia y el Reino de Suecia con vistas a la adopción de una Directiva

hasta llegar al texto definitivo de la Directiva 2014/41/UE (en adelante, DOEI)⁷. La OEI constituye uno de los grandes logros en el proceso de construcción del Espacio Europeo, aunque no el único pues a lo largo de estas décadas le han precedido otros instrumentos jurídicos de reconocimiento mutuo; todos ellos con la intención de mejorar la cooperación judicial penal y combatir la delincuencia transfronteriza.

La DOEI ha supuesto un hito trascendental en materia de prueba transfronteriza, ya que implicó el tránsito de un sistema fragmentado y complejo basado en la asistencia judicial a un único instrumento de carácter híbrido, basado en el principio de reconocimiento mutuo pero con algunos tintes de la asistencia judicial⁸. Si bien, han quedado algunos flecos pendientes de regular, como son la admisibilidad probatoria y las reglas de exclusión tal como se contempla en el art. 82.2 TFUE. Quizás la razón se deba a que todavía no nos encontramos ante un escenario que permita dicha regulación, debido a que aún son muy fuertes las resistencias de los Estados Miembros (en adelante, EEMM) a ceder parte de su soberanía nacional⁹. No obstante, se está intentando dar un paso más al hilo de la prueba electrónica y que presenta importantes connotaciones respecto al principio de reconocimiento mutuo.

La transposición de la Directiva en el ordenamiento jurídico español se efectúa mediante 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 (en adelante, LRMRP), para regular la orden europea de investigación. El legislador español, como es habitual, traspuso la norma expirados los tiempos concedidos para ello, pues la fecha límite máxima era el 22 de mayo de 2017¹⁰.

relativa al exhorto europeo de investigación en materia penal (Documento 9145/2010, de 29 de abril de 2010, publicada en el DOUE 165/22, de 24 de junio de 2010).

⁷ Directiva 2014/41/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril, relativa a la orden europea de investigación en materia penal (DOUE L 130, de 1 de mayo de 2014).

⁸ Vid. ARANGÜENA FANEGO, «Orden europea de investigación: aspectos generales del nuevo instrumento de obtención de prueba penal transfronteriza», en GONZÁLEZ CANO, (Dir.) *Orden Europea de Investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 298 y ss.; «Orden europea de investigación: próxima implementación en España del nuevo instrumento de obtención de prueba penal transfronteriza», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 58, 2017, pp. 905 y ss.; FIODOROVA, «Emisión de la orden europea de investigación desde la perspectiva del derecho a solicitarla», en GONZÁLEZ CANO, (Dir.) *Orden Europea de Investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 540; GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, «La admisibilidad de la prueba obtenida mediante la orden europea de investigación en el proceso penal español», *Revista General de Derecho Procesal*, n° 54, 2020, pp. 51 y ss.; RODRÍGUEZ GARCÍA, en GONZÁLEZ CANO (Dir.) *Orden Europea de Investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea*, pp. 478 y ss.; RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, *Obtención y admisibilidad en España de la prueba penal transfronteriza. De las comisiones rogatorias a la orden europea de investigación*, 2016, p. 302.

⁹ ARANGÜENA FANEGO, «Orden europea de investigación: recurso a una medida alternativa a la solicitada», en MORENO CATENA y ROMERO PRADAS (Dirs.) *Nuevos paradigmas de la cooperación judicial en la Unión Europea. Libro homenaje a la Profa. M^a Isabel González Cano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 479; KOSTORIS, «Orden europea de investigación y derechos fundamentales», en ARANGÜENA FANEGO y DE HOYOS SANCHO (Dirs.) *Garantías procesales de investigados y acusados. Situación actual en el ámbito de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 321 y ss.

¹⁰ TINOCO PASTRANA, «La transposición de la orden europea de investigación en materia penal en el ordenamiento jurídico español», *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2018, pp. 116 y ss.

En cuando a sus características principales, a diferencia del instrumento predecesor, el Exhorto europeo de obtención de pruebas¹¹, el cual se podía emitir para obtener material probatorio ya obrante en el Estado de ejecución, con la Directiva se permite la práctica de verdaderas diligencias de investigación, además de la obtención de pruebas que se encuentren disponibles en el Estado requerido.

Este instrumento de reconocimiento mutuo, junto a otros, comparten algunas características comunes en cuando a la forma de tramitación, como por ejemplo el contacto directo entre autoridades judiciales, se articulan a través de un sistema de formularios¹², la ausencia del doble control de incriminación, etc.

En cuanto al ámbito objetivo de la Directiva, la norma abarca la práctica de cualquier medida de investigación, destacando por tanto su ámbito horizontal; con excepción de algunas excluidas del mismo, como son la creación de los equipos conjuntos de investigación y la obtención probatoria que derive de ellos (art. 186.3 LRMRP), así como el régimen de transmisión de antecedentes penales que también queda fuera del ámbito de aplicación de la OEI (art. 186.4. LRMRP)¹³.

Hemos de destacar que la Directiva, y la ley española que la implementa, detallan un elenco de medidas que podemos diferenciar entre: 1) las medidas específicas, que cuentan con un tratamiento diferenciado en la norma; 2) las medidas comúnmente denominadas privilegiadas; 3) las medidas de aseguramiento probatorio, cuya finalidad consiste en asegurar un determinado medio de prueba¹⁴.

En otro término, debemos referirnos a la particularidad de la prueba electrónica que, aunque no cuenta con una disposición específica en la DOEI, no por ello está excluida de la misma. En la actualidad, la UE está negociando acuerdos sobre la obtención transfronteriza de este tipo de pruebas. Tan es así que existe una Propuesta de Reglamento¹⁵, que se constituye como un instrumento adicional a la DOEI¹⁶. El ámbito de aplicación de la Directiva 2014/41/UE también

¹¹ DM 2008/978/JAI del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal (DOUE L350/72, de 30 de diciembre de 2008).

¹² Con el objeto de facilitar el intercambio de OEIs y la gestión electrónica, en la actualidad se está tramitando la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un sistema informatizado de comunicación en los procesos transfronterizos penales y civiles (sistema e-CODEX), y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1726, COM (2020) 712 final, de 2 de diciembre de 2020.

¹³ GARRIDO CARRILLO, «Insuficiencias y limitaciones de la orden europea de investigación (OEI)», *Revista de Estudios Europeos*, núm. extraordinario monográfico, 1-2019, pp. 206 y ss.; GRANDE SEARA, «Presupuestos para el reconocimiento y ejecución en España de una orden europea de investigación», en MORENO CATENA y ROMERO PRADAS (Dir.) *Nuevos paradigmas de la cooperación judicial en la Unión Europea. Libro homenaje a la Profa. M^a Isabel González Cano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 585 y ss.

¹⁴ MARTÍNEZ GARCÍA, «La orden europea de investigación», en GONZÁLEZ CANO (Dir.) *Integración Europea y Justicia Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 413 y ss.

¹⁵ 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, Estrasburgo, 17.4.2018, COM (2018) 225 final, 2018/0108(COD).

¹⁶ La principal novedad que presenta es que la orden se dirige directamente al proveedor de servicios que es quien debe facilitar o asegurar los datos electrónicos requeridos. Así pues, puede ocurrir que la ejecución

se extiende a las medidas de aseguramiento probatorio. Con la promulgación de estos instrumentos, podemos afirmar que contamos con un acervo probatorio a nivel europeo.

Desde el plano procedimental, la orden se puede emitir en cualquier fase del procedimiento, incluida la de ejecución. Lo habitual será que la orden adquiera mayor protagonismo en la fase de investigación.

Por lo que respecta al ámbito subjetivo de la norma, podrá aplicarse tanto a las personas físicas como jurídicas. Las primeras, en principio, no plantean mayores problemas, que sí pueden darse respecto a las personas jurídicas. Esto es así porque algunos países europeos contemplan la responsabilidad penal de las personas jurídicas, abandonando el principio de *societas delinquere non potest*. La intención del legislador europeo ha sido que la Directiva pueda aplicarse cuando la persona jurídica es sujeto pasivo del proceso, y así se recoge en el artículo 4 de la citada norma. El problema puede darse por la distinta calificación jurídica del ilícito cometido que se le otorgue en el Estado de emisión y ejecución, cuando en uno esté sujeta a responsabilidad penal y en otro a responsabilidad administrativa.

Refiriéndonos ahora a las autoridades competentes para emitir y ejecutar una orden europea de investigación, debemos destacar la novedosa regulación que efectúa el legislador español, pues a pesar de optar por un modelo de competencias compartidas entre jueces y fiscales, hace prevalecer la posición del Ministerio Fiscal (en adelante, MF) en la fase de ejecución; pues mientras que las competencias atribuidas en la vertiente de emisión lo están de una forma muy residual, en la de ejecución se le confieren amplias facultades¹⁷.

finalice sin que intervenga una autoridad judicial del Estado de ejecución, cuestión que está siendo duramente criticada por la falta de control de la medida en la ejecución de la misma. A pesar de los inconvenientes que pueda generar esta novedosa propuesta reportará un beneficio considerable, ya que partiendo del carácter fugaz de las pruebas electrónicas, los tiempos que se establecen para la obtención y conservación de la prueba son más breves que los previstos en la orden europea de investigación, donde son excesivamente amplios. Para un estudio exhaustivo del tema *Vid.* CALAVITA, «La proposta di regolamento sugli ordini di produzione e conservazione europei: Commissione, Consiglio e Parlamento a confronto», *La legislazione penale*, 2021, pp. 1 y ss.; FUENTES SORIANO, «Europa ante el reto de la prueba digital. El establecimiento de instrumentos probatorios comunes: las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas», en FUENTES SORIANO (Dir.) *Era digital, sociedad y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 293 y ss.; GONZÁLEZ GRANDA, «Órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal: próximo avance en material de prueba penal transfronteriza», en MORENO CATENA y ROMERO PRADAS (Dirs.) en *Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea. Libro homenaje a la Profa. M^a Isabel González Cano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 1083 y ss.; MITJA y DELLA TORRE, «Lotta alla criminalità nel cyberspazio: la Commissione presenta due proposte per facilitare la circolazione delle prove elettroniche nei processi penali», *Diritto penale contemporaneo*, n° 5/2018, pp. 277 y ss.; TINOCO PASTRANA, «The Proposal on electronic evidence in the European Union», en *Eucrim*, 1/2020, pp. 46 y ss.

¹⁷ *Vid.* AGUILERA MORALES, «Nuevas competencias para el Ministerio Fiscal con ocasión de la orden europea de investigación», en GONZÁLEZ CANO (Dir.) *Orden europea de investigación y prueba penal transfronteriza en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 457 y ss.; «La implementación de la orden europea de investigación: el dolor de la lucidez», en BUENO DE MATA (Dir.) *La cooperación procesal internacional en la sociedad del conocimiento*, Atelier, pp. 209 y ss.; MARTÍNEZ GARCÍA, E., *La orden europea de investigación. Actos de investigación, ilicitud de la prueba y cooperación judicial transfronteriza*, 2016, pp. 63 y 64.

Así, el MF además de tener atribuida exclusivamente la recepción de todas las órdenes que provienen del extranjero, cuenta con importantes facultades que no se adecuan con el actual modelo que rige en el proceso penal español. Entre ellas debemos señalar el control de legalidad y proporcionalidad que ostenta, ya que se le faculta para la sustitución de una medida por otra no restrictiva de derechos. Se le suman otras de gran calado como son: denegar una OEI; practicar las diligencias oportunas para determinar la competencia del juez o tribunal al que corresponda la ejecución; emitir un informe preceptivo sobre la concurrencia o no de causas de denegación.

Al margen de las citadas particularidades que presenta la norma, podemos afirmar que en líneas generales se han logrado importantes avances en materia probatoria, aunque lo cierto es que estamos ante una de las materias más complejas, quizás por la falta de armonización normativa; y aún quedan aspectos importantes de la actividad probatoria pendientes de regular, confiando que en un futuro próximo tenga un tratamiento unitario en el conjunto de la Unión.

2. Reconocimiento y ejecución de una orden europea de investigación

En el presente trabajo vamos a analizar algunas especialidades de la fase de reconocimiento y ejecución de la medida requerida por el Estado de emisión, ya que es uno de los temas capitales del instrumento analizado y donde se pueden encontrar mayores obstáculos en su aplicación práctica. En cuanto al tratamiento normativo de la materia, debemos señalar que en la estructura de la LRMRP constan unas disposiciones generales para el reconocimiento y ejecución de cualquier instrumento (arts. 16 a 28) y otras específicas para la OEI (arts. 205 y ss.)¹⁸

Una orden se reconocerá y ejecutará de la misma manera que si la medida se hubiese adoptado por una autoridad nacional del Estado de ejecución y esta se llevará a cabo siempre y cuando no concurren causas de denegación¹⁹, o sea procedente la suspensión temporal de la misma, como veremos en el epígrafe siguiente. Aunque existe la posibilidad de que la petición de la autoridad de emisión se vea modificada cuando irremediamente deba recurrirse a una medida alternativa, con el fin de atender la solicitud, como expondremos *infra*. A continuación, vamos a tratar sucintamente cómo se canaliza la orden en el Estado de ejecución y los plazos y exigencias requeridas para practicar la diligencia.

a) Recepción de la orden por la fiscalía española

¹⁸ DE HOYOS SANCHO, «Reconocimiento y ejecución de la orden europea de investigación», en GONZÁLEZ CANO (Dir.) *Orden Europea de Investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 595 y ss.; GRANDE SEARA, «Reconocimiento y ejecución en España de una Orden Europea de Investigación (Análisis del Proyecto de Ley 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)», en GONZÁLEZ CANO (Dir.) *Integración Europea y Justicia Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 447 y ss.

¹⁹ *Vid.* DE HOYOS SANCHO, «La orden europea de investigación: reflexiones sobre su potencial efectividad a la vista de los motivos de denegación del reconocimiento y la ejecución en España», *Revista General de Derecho Procesal*, nº 47, 2019; PILLADO GONZÁLEZ, «Los motivos de denegación del reconocimiento y la ejecución por las autoridades españolas de una orden europea de investigación que requiera medidas específicas de investigación», en JIMÉNEZ CONDE (Dir.) *Adaptación del Derecho Procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 64 y ss.

La primera actuación que se da en el Estado de ejecución es la recepción de la orden extranjera, que requiere el acuse de recibo en un plazo máximo de una semana. Aquí debemos destacar que, aunque la Directiva contempla la posibilidad de que los Estados designen una autoridad central que asuma estas funciones, en España se le encomienda exclusivamente al MF. La atribución de esta competencia en exclusiva a la fiscalía, a priori, puede parecer una ventaja por concentrar en un único órgano todas las órdenes pasivas, pero por el propio organigrama de la fiscalía española a veces puede ser una ardua tarea de localización para la autoridad extranjera.

Una vez recepcionada la orden, la fiscalía debe efectuar una valoración inicial, porque puede suceder que no haya sido emitida por una autoridad competente en cuyo caso se procederá a su devolución. Si no se diera tal circunstancia, el MF reconocerá o ejecutará la orden o habrá de determinar el órgano competente para la ejecución, lo que supone una labor de indagación inicial. Se pueden dar tres situaciones diferentes (art. 187. 2 LRMRP):

1. que la orden no contenga medida limitativa de derechos fundamentales, en cuyo caso la fiscalía será la autoridad competente para el reconocimiento y ejecución;
2. cuando exista alguna medida limitativa y no pueda ser sustituida por otra que no restrinja derechos fundamentales, la orden será remitida al juez o tribunal competente;
3. y la tercera posibilidad, que ha sido prevista exclusivamente por el legislador español, es cuando en la propia orden se indique expresamente que la medida tiene que ser ejecutada por un órgano judicial; que afecta directamente a las reglas de competencia de nuestro ordenamiento.

Conforme al art. 187.3 LRMRP el MF podrá practicar las diligencias oportunas a fin de determinar el juez o tribunal competente al que remitir la orden. La posición que ostenta el MF en la determinación de la competencia parece no adecuarse a la configuración actual de nuestro proceso penal.

En virtud del modelo adoptado por el legislador español, la casuística puede ser variada, ya que puede ocurrir que la autoridad de emisión remita directamente la orden a una autoridad judicial, sin canalizarla previamente a través del MF; o que se aprecie la falta de competencia de la autoridad de emisión por parte de la autoridad judicial que finalmente le compete la ejecución – y no por la fiscalía receptora–, supuesto para el que no se aclara quién devuelve la orden.

Que la posición que ostenta el MF se compadece mal con la actual configuración del proceso penal es una realidad; tan es así que ya ha sido objeto de discrepancias por los tribunales españoles. Vamos a exponer someramente algunos de los pronunciamientos al respecto:

- el primero de ellos es el auto 1567/2019, de 19 de junio, dictado por el Juzgado Central de Instrucción (en adelante, JCI) nº 2, donde se inadmite la orden extranjera. El origen es la emisión de una OEI por las autoridades francesas para la práctica de unos registros domiciliarios con el fin de proceder a la incautación de unos documentos, así como la toma de declaración de los investigados. El órgano receptor es la Fiscalía Antidroga, quien remite la orden a los Juzgados Centrales de Instrucción para que se turne reparto, considerando que en virtud del art. 187.3 LRMRP tienen competencia por la inexistencia de vínculo territorial. La idea de la vinculación territorial es importante, porque son los argumentos que esgrime el JCI para declarar su incompetencia: por un lado, porque considera que no se trata de ninguno de los delitos cuyo

conocimiento le corresponde; y, por otro, no se da el presupuesto de ausencia de conexión territorial, más bien todo lo contrario, ya que las medidas tenían que ejecutarse en Málaga y Madrid.

Expuesto el supuesto de hecho, tenemos que referirnos a la cuestión problemática que es la devolución de la orden a la fiscalía –como órgano receptor– para que reconsiderara su postura y determinara el Juzgado competente para la ejecución. La fiscalía recurre la decisión del JCI, alegando la improcedencia de la devolución debido a que no puede ser la fiscalía quien cambie de criterio y lo envíe a otro juez. Este argumento se contrarresta por el JCI, con base en el art. 187.3 LRMRP, argumentando que es al MF a quien compete decidir a cuál de los diversos jueces competentes ha de enviar la orden para su ejecución.

Como puede contemplarse las interpretaciones son diversas –y controvertidas–, pues también puede suceder que la autoridad de emisión extranjera remita directamente la orden a la autoridad judicial española, sin canalizarla a través de la fiscalía receptora, donde puede plantearse, en caso de manifiesta incompetencia, si la orden se devuelve directamente a la autoridad de emisión, o se le remite a la fiscalía para que sea esta quien la envíe a la autoridad de origen. La propia Guía del CGPJ se ha pronunciado sobre este asunto, afirmando que «si el órgano judicial recibiera directamente una orden europea de investigación procedente de un órgano de emisión de otro Estado deberá remitirla a la Fiscalía que resulte competente y notificarlo al Estado de emisión». Y en este argumento, entre otros, es donde se apoya el JCI, decisión que fue confirmada por la AN.

- el segundo trae causa en el auto 668/2019, de 10 de octubre, dictado por la Audiencia Provincial de Gerona, que resuelve un recurso de apelación interpuesto por la fiscalía contra la declaración de incompetencia para el reconocimiento y ejecución por parte del Juzgado de Instrucción nº 4 de dicha ciudad. La orden emitida por la Fiscalía de Rumanía se remite directamente al citado Juzgado, quien entiende que carece de competencia y se inhibe a favor de los Juzgados de Alcalá de Henares.

En el citado recurso se alega que, aunque la recepción le compete en exclusiva a la fiscalía, la norma española no contiene disposiciones para resolver las cuestiones de competencia. A este respecto, la AP considera que se debe estar a lo dispuesto en el art. 25 LECRIM, debiendo el Juzgado receptor remitir la orden al que considere competente. Entendemos que esta postura de no canalizar la orden a través de la fiscalía como autoridad de recepción, redundaría en la eficacia y operatividad del propio instrumento. Aunque si nos ceñimos en puridad a la literalidad de la transposición española, parece que la intención es otra.

b) Plazos y presupuestos para el reconocimiento y ejecución

Recepcionada la orden y determinada la competencia, debemos distinguir los plazos del reconocimiento y los de la ejecución. La resolución de reconocimiento de la orden se tomará *cuanto antes* y a más tardar en el plazo de treinta días. No obstante, este plazo puede prorrogarse por otros treinta días más, cuando el juez o fiscal estime que no podrá cumplir con el plazo anteriormente mencionado. En nuestra opinión, los plazos estipulados para la toma de la decisión son excesivamente amplios, que pueden contribuir a que el procedimiento se demore.

Por otro lado, en referencia a la ejecución de la medida, la autoridad española dictará auto o decreto *sin dilación* y, a más tardar, en el plazo de noventa días. Estos son plazos ordinarios, pero

existen otros supuestos donde se requiere una actuación urgente para los que rigen plazos reducidos (por ejemplo, por la gravedad del delito, cuando la actuación deba realizarse en un día en concreto, etc.)

Cuando no pueda cumplirse con el plazo establecido para la ejecución, la autoridad española lo pondrá en conocimiento de la autoridad de emisión, con la posibilidad de iniciar un trámite de consultas para la adecuación de los plazos o fecha de ejecución de la medida (art. 208.6 LRM RP).

En cuanto a la ejecución de la medida se exige la concurrencia de dos presupuestos:

1) que la medida exista en Derecho español y esté prevista para un caso interno similar, que implica un control sobre la legalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida (art. 206.1 LRM RP). Entendemos que este debe ser un control de mínimos, en orden a la adecuación de la medida al ordenamiento jurídico español, pues previamente la autoridad de emisión habrá realizado la valoración de los presupuestos de emisión.

2) la observancia de las formalidades y procedimientos indicados por la autoridad de emisión, siempre y cuando no sean contrarios a su ordenamiento jurídico; lo que significa la aplicación de la *lex fori*²⁰. El cumplimiento de estas exigencias tiene especial repercusión en la eficacia de la prueba en el procedimiento seguido en el Estado de emisión.

Ahora bien, tal como analizaremos en el epígrafe siguiente, existe una vía distinta a la inicialmente propuesta por la autoridad requirente, que es ejecutar una medida alternativa cuando la solicitada no esté prevista para un caso interno similar, o cuando exista otra medida menos onerosa con la que se pueda obtener los mismos resultados (art. 206. apdos. 2 y 3 LRM RP).

Por otro lado, en esta fase la autoridad puede decretar que la ejecución no se lleve a cabo, bien porque la medida no está contemplada en el Derecho español; o cuando exista, no esté prevista en un caso interno similar, y no pueda recurrirse a otra medida distinta que alcance los mismos resultados (art. 206.5 LRM RP).

3. La sustitución de la medida solicitada como alternativa a la denegación de la cooperación

3.1. Aspectos generales del mecanismo de sustitución

Si partimos de un concepto de reconocimiento mutuo amplio o automático, donde la resolución judicial es reconocida y ejecutada sin control pasivo por parte de la autoridad de ejecución, nos llevaría al pleno funcionamiento y eficacia del instrumento. Esta función de ejecutar en sentido estricto se sustenta en la confianza recíproca y en los derechos y garantías comunes en el ELSJ.

En los tiempos que corren estamos ante una concepción limitada del principio de reconocimiento mutuo, pues la mitigación del automatismo permite que se reconozcan las resoluciones judiciales y se preste la colaboración requerida por un país extranjero a través de una medida alternativa.

La opción de sustituir una medida por otra es una de las causas que evidencian que en la DOEI rigen normas propias de la asistencia judicial, por lo que no podemos hablar de principio de

²⁰ DOMÍNGUEZ RUIZ, *La Orden Europea de Investigación: análisis de la regulación europea y española*, 2019, pp. 633 y ss.

reconocimiento mutuo automático. La flexibilidad que se permite con la sustitución de la medida es el remedio elegido para que la petición de cooperación prospere y no esté abocada al fracaso, ya que de no existir esta posibilidad el único cauce sería la denegación de la ejecución.

Este mecanismo de sustitución no opera para un conjunto de medidas que son las comúnmente denominadas “privilegiadas”: 1) la obtención de información o de pruebas que obren ya en poder de la autoridad de ejecución siempre que, de conformidad con el Derecho nacional del Estado de ejecución, esa información o esas pruebas hubieran podido obtenerse en el contexto de un procedimiento penal o a los fines de la OEI; 2) la obtención de información contenida en bases de datos que obren en poder de las autoridades policiales o judiciales y que sean directamente accesibles a la autoridad de ejecución en el marco de un procedimiento penal; 3) la declaración de un testigo, un perito, una víctima, un investigado o acusado o un tercero en el territorio del Estado de ejecución; 4) cualquier medida de investigación no invasiva definida con arreglo al Derecho nacional del Estado de ejecución; 5) la identificación de personas que sean titulares de un número de teléfono o una dirección IP determinados. Sus características principales son: en todo caso deben estar disponibles en los ordenamientos internos de cada Estado; no están sometidas al control de doble incriminación ni a umbral punitivo en el Estado de emisión; no pueden ser sustituidas; su ejecución es obligatoria.

Si la medida requerida es distinta a las citadas y la autoridad de ejecución no puede ejecutar la medida o bien considera que su ordenamiento jurídico permite conseguir el mismo resultado de forma menos invasiva, deberá realizar una valoración sobre la idoneidad de aplicar el mecanismo de sustitución.

3.2. Causas de sustitución de una medida de investigación

En cuanto a las causas por las que puede operar el mecanismo de la sustitución son: 1) que la medida de investigación solicitada en la orden no exista en Derecho español; 2) que la medida requerida no esté prevista para un caso interno similar; 3) que exista otra medida distinta que persiga el mismo resultado por medios menos restrictivos.

El primero de los supuestos, es una clara manifestación del principio de legalidad, por tanto, la completa ausencia de previsión legal contravendría el mismo.

El segundo de ellos se da cuando la medida no esté prevista para un caso interno, como sucede por ejemplo con la interceptación de telecomunicaciones, contemplada para determinados delitos graves. Así pues, si la medida se requiere para un delito que no reviste tal gravedad, la autoridad de ejecución española podría sustituir la medida, ya que está regulada legalmente, pero para un supuesto distinto al solicitado. En definitiva, esto implica el control de proporcionalidad por parte de la autoridad de ejecución, si bien entendemos que, aunque la autoridad de ejecución no debe inmiscuirse en los presupuestos de emisión que ya fueron evaluados por la autoridad extranjera, no es un condicionante para que la medida se adecue a los cánones del país de ejecución. En este control de revisión es donde entendemos que la autoridad de ejecución debe ceñirse a lo estrictamente necesario para posibilitar la ejecución, pues ejercer un control ilimitado supondría el fracaso de todo el sistema de reconocimiento mutuo. En esta valoración el punto de partida lo constituye el Derecho de la Unión, y aunque el Derecho interno del Estado requerido establezca niveles de protección de los derechos fundamentales más garantistas que los comunitarios, no debe servir de pretexto para justificar la denegación de la cooperación,

debiendo prevalecer el reconocimiento mutuo conforme a los estándares marcados por el Derecho europeo.

Y el tercero de los supuestos, como clara manifestación del principio de proporcionalidad, donde la autoridad de ejecución realiza un control sobre la idoneidad de sustituir la medida por una menos invasiva. Esta evaluación se realiza sobre la adecuación de la medida a los estándares nacionales del Estado requerido. Se impone como un mecanismo para que finalmente prospere la petición, pero no acarrea una valoración de los presupuestos de emisión efectuada por la autoridad de emisión (arts. 6 DOEI y 189 LMRP), más que en aquellos casos en los que existan dudas fundadas sobre su posible incumplimiento. La previsión de este control supone una limitación más a que el principio de reconocimiento mutuo despliegue sus efectos de forma automática, pero se impone como una flexibilización ante la disparidad normativa, pues de no preverse este remedio los instrumentos de cooperación perderían toda su utilidad. En el actual estado de cosas, la mitigación del principio de reconocimiento mutuo es una solución necesaria para el funcionamiento del entramado de la cooperación judicial.

A modo de ejemplo, la sustitución operaría si la medida solicitada fuera un registro remoto sobre equipo informático, donde quizás resultaría oportuno valorar una medida menos invasiva, porque esta sin duda lo es y en muy alto grado, afectando a derechos fundamentales como a la intimidad, el secreto a las comunicaciones, a la protección de datos y, en determinadas ocasiones, a la inviolabilidad del domicilio. En una medida de tales características, podría ser conveniente recurrir a otra distinta mediante la cual se consiga idéntico fin; como por ejemplo un registro domiciliario para obtener el archivo de interés para la causa, ya que el registro remoto implica el acceso a una mayor parte del contenido del dispositivo al que se pretende acceder. Además, en el registro domiciliario el investigado estará presente en la diligencia.

Ahora bien en caso de inexistencia de medida menos invasiva, cuando se ejecute la inicialmente requerida, consideramos que huelga la necesidad de motivar el juicio sobre la proporcionalidad.

Como hemos adelantado, conforme al protagonismo otorgado por el legislador español al MF, le corresponde al mismo la realización de un examen previo sobre la posibilidad de sustituir la medida por otra no limitativa de derechos fundamentales, lo que nos conduce a pensar que estas atribuciones no se corresponden con la actual configuración del proceso penal español, y quizás sea un adelanto al futurible modelo del proceso penal.

3.3. Recurso a una medida distinta a la inicialmente propuesta

Con carácter previo señalamos que para tomar esta decisión tenemos que respetar los plazos de reconocimiento y ejecución previstos, intentando no agotar los mismos ya que contrarrestaría la eficacia que debe imperar en este tipo de procedimientos.

Si concurren algunos de los supuestos de sustitución, la autoridad española antes de dictar resolución deberá informar a la autoridad de emisión²¹. En caso de que esta no comunique su

²¹ ARANGÜENA FANEGO, «La orden europea de investigación: régimen de sustitución de la medida solicitada», en *Indret*, nº 1/2021, p. 503. Respecto al procedimiento, argumenta la autora que «apenas se encuentra esbozado en sus líneas generales en la DOEI (art.10.4) sin que la LRM, por su parte, aclare mucho más al regular la cuestión de manera algo asistemática y un tanto asimétrica poniendo más interés en las consecuencias derivadas de la sustitución cuando la autoridad española actúa como autoridad de emisión, que cuando lo hace como autoridad de ejecución proponiendo el cambio».

decisión de retirar o completar la medida, la autoridad de ejecución española quedará facultada para llevar a cabo la ejecución. Este trámite es de vital importancia para la autoridad de emisión, pues le permite efectuar una valoración sobre la idoneidad de la medida propuesta por la autoridad de ejecución, a los efectos de la admisibilidad probatoria en el proceso seguido en origen.

Para facilitar el correcto funcionamiento de la orden sería aconsejable que en el formulario quedara reflejado que puede adoptarse una medida menos invasiva, a los efectos de evitar consultas innecesarias y dotar de mayor celeridad al procedimiento de cooperación (*principio pro cooperatione*).

Cuando no pueda operar el mecanismo de la sustitución, debido a la inexistencia de una medida alternativa, no queda más remedio que notificar a la autoridad de emisión la imposibilidad de llevar a cabo la ejecución (art. 206.5 LRMRP). La consecuencia directa equivale a una denegación de la ejecución porque jurídicamente la medida no tiene encaje en el derecho interno.

3.4. La sustitución en otros instrumentos de reconocimiento mutuo

Es preciso comparar el procedimiento de sustitución previsto para la OEI con el de otros instrumentos de reconocimiento mutuo, aunque tengan ámbitos objetivos distintos. Como precedentes tenemos que citar: la DM 2008/909/JAI²², relativa a la ejecución de las sentencias por las que se impone una pena o medida privativa de libertad; la DM 2009/829/JAI²³, acerca de las resoluciones sobre medidas de vigilancia en sustitución de las penas privativas de libertad; y la Directiva 2011/99/UE, sobre la orden europea de protección²⁴.

- En cuanto a la resolución por la que se impone una medida o pena privativa de libertad, se encuentra regulada en el Título III de la LRMRP, y su objetivo es el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales firmes emitidas por un determinado EM. Con este instrumento se le otorga a una concreta pena privativa de libertad eficacia en toda la Unión Europea, lo que incide especialmente en el principio de reconocimiento mutuo y en la confianza recíproca entre Estados.

Amparados en la confianza en los sistemas jurídicos de los Estados europeos, en principio debe respetarse (y ejecutarse) la resolución dictada por el órgano del Estado de emisión, recurriendo exclusivamente al mecanismo de *adaptación* en aquellos supuestos en que la condena sea incompatible con el Derecho del Estado de ejecución, bien por su naturaleza o duración de la misma²⁵ (art. 83 LRMRP).

²² Decisión Marco 2008/909/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea (DOUE L327, de 5 de diciembre de 2008).

²³ Decisión marco 2009/829/JAI del Consejo, de 23 de octubre de 2009, relativa a la aplicación, entre Estados miembros de la Unión Europea, del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional (DOUE L294, de 11 de noviembre de 2009).

²⁴ Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 sobre la orden europea de protección.

²⁵ *Vid.* STS 820/2013, Penal, de 17 de octubre (ECLI:ES:TS:2013:5314). Aunque la Sentencia se refiere al art. 10 del Convenio de Estrasburgo de 1983, por analogía reproducimos parte del contenido de la misma: «como

En esta materia, son reiterados los pronunciamientos que abogan por la flexibilización, realizando una ponderación de la proporcionalidad, excluyendo posturas que se justifican en el exceso de cualquier pena privativa de libertad impuesta por el país extranjero, pues cualquier diferencia conllevaría una modificación casi automática del quantum punitivo. Aunque con una denominación distinta, este mecanismo opera de forma similar a la sustitución de una medida de investigación.

- De otro modo, tenemos que referirnos a la orden europea de vigilancia, regulada en el Título V de la LRM RP, que tiene como finalidad garantizar la acción de la justicia y, especialmente, la comparecencia en juicio de la persona que soporta la medida. Siguiendo el modelo de sustitución comentado en estas páginas, también se prevé la adaptación de la resolución cuando las medidas de vigilancia impuestas sean incompatibles con el ordenamiento jurídico español (art. 123 LRM RP), con la limitación de que en ningún caso la medida adaptada puede ser más severa que la inicialmente propuesta.

puede fácilmente constatar, el núcleo de los problemas hermenéuticos del precepto se centra en la excesiva indeterminación semántica de tres vocablos que resultan capitales para la interpretación de este segundo apartado de la norma. Nos referimos a las expresiones "incompatibilidad", "naturaleza" y "duración" de la pena impuesta en el país extranjero. En lo que atañe al vocablo "incompatibles", la extensión de su campo semántico depende del rigor o laxitud con que operemos a la hora de fijar el grado de incompatibilidad, ya que se trata de un concepto totalmente vinculado a la mayor o menor flexibilidad con que se interpreten y se pretendan imponer los criterios valorativos que se hallan detrás de la imposición de una pena. El término "naturaleza" referido a una pena parece albergar una significación más asequible y fácil de interpretar que el de "duración", pues en aquel la incompatibilidad ha de aplicarse a penas que por su carácter excesivamente aflictivo no han sido ni siquiera recogidas en nuestro Código Penal. Para rellenar ese concepto ha de acudir al art 15 de la Constitución, en el que se prohíben las penas inhumanas y degradantes. Sobre este particular establece el Tribunal Constitucional que la calificación de una pena como inhumana o degradante depende de la ejecución de la pena y de las modalidades que esta revista, de forma que por su propia naturaleza la pena no acarree sufrimientos de una especial intensidad (penas inhumanas) o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena" (SSTC 65/1986 y 116/2010). Entre ellas, es claro que han de estar comprendidas la pena de muerte y las que implican cualquier acción directa sobre el cuerpo de la persona, así como todas aquellas que reducen a un sujeto a un mero objeto de la acción de un tercero. [...] Mayores interrogantes genera, ciertamente, la interpretación del sintagma "duración de la pena", criterio que sí aparece transido de un grado muy importante de incertidumbre e indeterminación. El criterio de la duración de la pena ha de aplicarse con una importante dosis de ponderación y mesura. De modo que ni puede afirmarse que solo quedan fuera del ámbito de esta cláusula de excepción de la adaptación punitiva la prisión perpetua, ni tampoco cabe irse al extremo contrario para entender que cualquier diferencia en exceso de una pena privativa de libertad impuesta por un país extranjero en comparación con la que se establece en el nuestro determina una modificación automática del quantum punitivo. En el primer caso se incurriría en una interpretación reduccionista y ajena a la esencia del principio de proporcionalidad que impone nuestro texto constitucional en la aplicación de las penas. Y en la segunda opción asimilaríamos el procedimiento y el sistema de "prosecución" al de "conversión", y equipararíamos así la ejecución de una sentencia extranjera a las adaptaciones de penas que se hacen habitualmente en nuestros tribunales cuando entra en vigor una reforma legislativa favorable al reo y se revisan las sentencias ya firmes». En el mismo sentido la STS 234/2021, Penal, de 11 de marzo (ECLI:ES:TS:2021:1029).

- Por su parte, la orden europea de protección también contempla un mecanismo de adaptación. Esto se evidencia en el art. 138.2 LRMRP, al referirse a que la medida de protección que se adopte por el Juez o Tribunal español se ajustará «en la medida de lo posible a la medida de protección ordenada por el Estado de emisión», lo que permite que la autoridad española valore si aplica una medida distinta a la solicitada para su adecuación a los estándares nacionales.

En definitiva, la sustitución (o adaptación), además de regularse en la Directiva de referencia, ya estaba prevista en otros instrumentos promulgados con anterioridad, y aunque produce una mitigación de la idea inicial de reconocimiento mutuo automático, con este mecanismo se permite dotar de eficacia a la propia cooperación, aun por una vía distinta de la inicialmente propuesta por la autoridad requirente. Aunque coarta en cierto modo la aplicación automática de dicho principio, viene a salvar el fracaso de la cooperación y permite que el principio de reconocimiento mutuo finalmente acabe desplegando sus efectos.

4. La suspensión temporal de la ejecución

En el procedimiento de reconocimiento y ejecución se contempla la posibilidad de suspenderlo, cuyos motivos se encuentran recogidos tanto en el art. 15 de la norma europea como en el 209 de la ley española, y el efecto que produce es la postergación de la ejecución de la orden para otro momento²⁶. En cuanto a la terminología empleada, ambos preceptos aluden a la *suspensión del reconocimiento y ejecución* de la orden, si bien consideramos que la suspensión opera solo respecto a la ejecución²⁷, pues lo normal es que se reconozca la orden y se paralice la ejecución de la medida y, una vez que desaparezcan las causas que motivaron el aplazamiento, se lleve a cabo la diligencia de investigación.

Son dos los motivos de suspensión previstos en el art. 209 LRMRP: a) que su ejecución pudiera perjudicar una investigación penal o actuaciones judiciales penales en curso, hasta el momento que se considere necesario; b) que los objetos, documentos o datos de que se trate estén siendo utilizados en otros procedimientos, hasta que ya no se requieran con este fin.

La imprecisión con la que se redactan los motivos de suspensión puede originar un sinfín de interpretaciones²⁸. Por ello, esta ambigüedad nos conduce a una deseable situación de diálogo entre ambas autoridades, donde prevalezca el consenso, con el objetivo de no restar operatividad al instrumento.

1. En relación a la primera de las causas, la interpretación sobre qué debemos entender por perjuicio para una investigación penal, consideramos que es una redacción demasiado imprecisa ya que supone una dificultad a la hora de decidir la paralización de la ejecución. A nuestro juicio, para entrar a valorar la concurrencia del presente motivo, la autoridad española debería disponer de elementos de juicio suficientes para determinar la existencia de un perjuicio o no, y más aún si el mismo es relevante o no.

²⁶ DE HOYOS SANCHO, en GONZÁLEZ CANO (Dir.) *Orden Europea de Investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea*, pp. 630 y ss. La autora argumenta que, aunque los motivos de suspensión no son motivos de denegación en sentido estricto, pueden provocar efectos similares.

²⁷ RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, *Obtención y admisibilidad en España de la prueba penal transfronteriza. De las comisiones rogatorias a la orden europea de investigación*, pp. 408 y ss.

²⁸ GRANDE SEARA, en MORENO CATENA y ROMERO PRADAS (Dirs.) *Nuevos paradigmas de la cooperación judicial en la Unión Europea. Libro homenaje a la Profa. M^a Isabel González Cano*, pp. 615 y ss.

2. Si nos referimos al segundo de los motivos, en referencia a que el material se utilice en varios procedimientos, no se especifica si este afecta a un procedimiento penal o de distinto orden, ni si es una causa nacional o extranjera. Entendemos que la aplicación del mismo debe restringirse a aquellos supuestos que obligue irremediamente a paralizar temporalmente la ejecución de la orden. No debemos obviar que una determinada prueba puede utilizarse indistintamente en dos procedimientos, y que su uso en uno de ellos no siempre excluye su utilización en otro (por ejemplo, cabe la duplicación de un determinado documento).

Se ha cuestionado si la suspensión abarca la litispendencia, llegando a afirmar el CGPJ que la misma no se incluye dentro de los supuestos de denegación, sino que estamos ante un motivo de aplazamiento²⁹. Consideramos que la finalidad del aplazamiento no está vinculada con un doble pronunciamiento, sino con la disponibilidad del material probatorio o con el perjuicio para una determinada causa.

3. Al margen de estos supuestos, debemos recurrir a un tercero contemplado en las disposiciones generales de la LRM RP, que operan respecto a cualquier instrumento. Así, el art. 23.1 establece que la ejecución podrá suspenderse por «pérdida sobrevenida del carácter ejecutorio de la orden o resolución judicial». A nuestro juicio, esta causa no se enmarca dentro de la suspensión, sino que acabaría con el procedimiento de cooperación. Piénsese, por ejemplo, en el fallecimiento del investigado, que directamente pondría fin al proceso y consecuentemente a la solicitud transfronteriza.

Expuestos los supuestos de suspensión, debemos destacar que no se establece plazo para adoptar la misma. Por tanto, nos tenemos que regir por los plazos fijados para la ejecución de la medida, es decir, la autoridad de ejecución llevará a cabo la ejecución de la medida de investigación *sin demora* y, a más tardar, en un plazo de noventa días. Con base en ello, la decisión de suspender la ejecución deberá tomarse una vez reconocida la orden y dentro del plazo general que marca la norma para llevar a cabo la diligencia.

Por otra parte, la suspensión durará «hasta el momento en que se considere necesario» (art 209.1 LRM RP). Tampoco aclara mucho la norma al respecto, lo que podría comportar una demora innecesaria en la tramitación del procedimiento. En ausencia de previsión expresa, recurrimos una vez más a las disposiciones generales de la LRM RP, aplicables a cualquier instrumento de reconocimiento mutuo, donde se establece en su art. 23.1 que la autoridad judicial española comunicará a la de emisión la suspensión de la ejecución de la orden, los motivos y, si es posible, la *duración* de la misma; por tanto, será la autoridad de ejecución quien determine su duración. Todo ello, sin perjuicio de que, a los efectos de concretar la duración, la autoridad española inicie un diálogo con la de emisión.

Desaparecidas las causas que motivaron la paralización temporal, la autoridad de ejecución adoptará las medidas necesarias para ejecutar la medida, informando de ello a la autoridad solicitante.

²⁹ Vid. Acuerdo adoptado por el pleno del CGPJ en su reunión del día 28 de septiembre de 2017 por el que se aprueba el Informe sobre el Anteproyecto de Ley 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, p. 56.

5. Conclusión

El avance que se ha producido con la promulgación de la DOEI es incuestionable y, en la actualidad, las autoridades judiciales ya están recurriendo frecuentemente a este instrumento. No obstante, su aplicación práctica no está exenta de problemas, bien por la diversidad de ordenamientos jurídicos, bien porque en algunas ocasiones se suscitan ciertas reticencias para cooperar entre autoridades judiciales implicadas. Un asunto objeto de reflexión son los arduos y tediosos procedimientos de cooperación que nada favorecen, y que en el instrumento aquí analizado se evidencia en los plazos procesales excesivamente amplios para obtener el material probatorio.

En la transposición de la Directiva al ordenamiento jurídico español, se ha empleado una técnica legislativa de codificación que resulta plausible en este sentido. En cambio, el legislador español ha tratado ciertos aspectos que pueden restar eficacia a la aplicación del instrumento. Sirva de ejemplo, las amplias facultades concedidas a la fiscalía española, que se aleja de la posición que ocupa en el proceso penal español y que no se adecua al modelo implantado por la LRMRP. De especial interés es la designación como órgano encargado de recepcionar todas las órdenes pasivas y las discrepancias causadas ante una deficiente regulación de esta materia.

En la obtención probatoria transfronteriza, el procedimiento de reconocimiento y ejecución es la clave en todo este sistema y de las actuaciones que se practiquen en el extranjero va a depender la admisibilidad probatoria en el Estado de emisión. Aunque se reside cierto control en la autoridad de ejecución, esta debe ser muy cauta en su ejercicio, debiendo facilitar la obtención y aseguramiento de la prueba en su Estado. Aunque se deben concentrar los esfuerzos en alcanzar la plena ejecución de la orden, debemos indicar que, debido a las divergencias normativas entre Estados miembros, se prevé un catálogo de motivos de denegación a los que debería recurrirse restringidamente. Precisamente, con fundamento en esa variedad normativa, se contempla un cauce para atender la petición de cooperación y que no fracase todo el sistema de reconocimiento mutuo como es el recurso a una medida distinta a la inicialmente propuesta por la autoridad de emisión. Este mecanismo puede ser una alternativa a la denegación, siendo deseable que las autoridades implicadas adecuen la medida conforme a sus parámetros jurídicos, con la única finalidad de lograr que el procedimiento termine satisfactoriamente.

Además, otra decisión que se puede tomar es la suspensión temporal de la ejecución, cuyas causas son demasiado ambiguas y pueden albergar un sinnúmero de supuestos, que podría dar lugar a que la autoridad de emisión reconsidere su petición y no le interese mantenerla, bien porque por la duración de la misma perjudique a la investigación en curso, o por otros motivos.

Para concluir señalamos que, en esta fase de reconocimiento y ejecución, el nivel de confianza que se logre por las autoridades judiciales intervinientes se impone como un elemento esencial para alcanzar la plena aplicación y eficacia del propio instrumento aquí analizado. Y no menos importante resultan los diálogos que inicien las autoridades, con el objeto de posibilitar la cooperación, siempre y cuando el recurso a ellos no sea utilizado indiscriminadamente y con fines dilatorios.

6. Bibliografía

AGUILERA MORALES (2019), «Nuevas competencias para el Ministerio Fiscal con ocasión de la orden europea de investigación», en GONZÁLEZ CANO (Dir.) *Orden europea de investigación y prueba penal transfronteriza en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 458 y ss.

- (2019) «La implementación de la orden europea de investigación: el dolor de la lucidez», en BUENO DE MATA (Dir.) *La cooperación procesal internacional en la sociedad del conocimiento*, Atelier, pp. 209 y ss.

ARANGÜENA FANEGO (2021), «La orden europea de investigación: régimen de sustitución de la medida solicitada», en *Indret* nº 1.

- ARANGÜENA FANEGO (2021), «Orden europea de investigación: recurso a una medida alternativa a la solicitada», en MORENO CATENA y ROMERO PRADAS (Dir.) *Nuevos paradigmas de la cooperación judicial en la Unión Europea. Libro homenaje a la Profa. M^a Isabel González Cano*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 479 y ss.
- (2019) «Orden europea de investigación: aspectos generales del nuevo instrumento de obtención de prueba penal transfronteriza», GONZÁLEZ CANO (Dir.) *Orden Europea de Investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 298 y ss.
- (2017) «Orden europea de investigación: próxima implementación en España del nuevo instrumento de obtención de prueba penal transfronteriza», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 58, pp. 905 y ss.

CALAVITA (2021), «La proposta di regolamento sugli ordini di produzione e conservazione europei: Commissione, Consiglio e Parlamento a confronto», *La legislazione penale*, 30.03.2021, pp. 1 y ss.

CASANOVA MARTÍ y CERRATO GURÍ, «La emisión de una orden europea de investigación para la obtención de prueba transfronteriza y su introducción en el proceso penal español», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 62, 2019, pp. 197 y ss.

DE HOYOS SANCHO (2021), «Algunas dificultades en la aplicación práctica de la OEI», en MORENO CATENA y ROMERO PRADAS (Dir.) *Nuevos paradigmas de la cooperación judicial en la Unión Europea. Libro homenaje a la Profa. M^a Isabel González Cano*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 511 y ss.

- (2019) «La orden europea de investigación: reflexiones sobre su potencial efectividad a la vista de los motivos de denegación del reconocimiento y la ejecución en España», *Revista General de Derecho Procesal* (47).
- (2019) «Reconocimiento y ejecución de la orden europea de investigación», en GONZÁLEZ CANO (Dir.) *Orden Europea de Investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 596 y ss.

DOMÍNGUEZ RUÍZ (2019), *La Orden Europea de Investigación: análisis de la regulación europea y española*, Tirant lo Blanch, Valencia.

- (2019) «Las distintas posibilidades de actuación tras el reconocimiento de una orden europea de investigación en España», en GONZÁLEZ CANO (Dir.) *Orden Europea de Investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 633 y ss.
- (2018) «La orden europea de investigación: el camino hacia un régimen uniforme en materia de prueba penal», en JIMÉNEZ CONDE (Dir.) *Adaptación del Derecho Procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 341 y ss.

ESTÉVEZ MENDOZA (2019), «El traslado temporal de personas privadas de libertad al amparo de la orden europea de investigación: especialidades según la regulación española», en GONZÁLEZ CANO, (Dir.) *Orden Europea de Investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 352.

FIODOROVA (2019), «Emisión de la orden europea de investigación desde la perspectiva del derecho a solicitarla», en GONZÁLEZ CANO (Dir.) *Orden Europea de Investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 536 y ss.

FUENTES SORIANO (2020), «Europa ante el reto de la prueba digital. El establecimiento de instrumentos probatorios comunes: las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas», en FUENTES SORIANO (Dir.) *Era digital, sociedad y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 293 y ss.

GONZÁLEZ FERNÁNDEZ (2021), «La admisibilidad de la prueba obtenida mediante la orden europea de investigación en el proceso penal español», *Revista General de Derecho Procesal*, nº 54, pp. 51 y ss.

GONZÁLEZ GRANDA (2021), «Órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal: próximo avance en material de prueba penal transfronteriza», en MORENO CATENA y ROMERO PRADAS (Dirs.) en *Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea. Libro homenaje a la Profa. M^a Isabel González Cano*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 1083 y ss.

GARRIDO CARRILLO (2019), «Insuficiencias y limitaciones de la orden europea de investigación (OEI)», *Revista de Estudios Europeos*, núm. extraordinario monográfico, 1-2019, pp. 206 y ss.

GRANDE SEARA (2021), «Presupuestos para el reconocimiento y ejecución en España de una orden europea de investigación», en MORENO CATENA y ROMERO PRADAS (Dirs.) *Nuevos paradigmas de la cooperación judicial en la Unión Europea. Libro homenaje a la Profa. M^a Isabel González Cano*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 585 y ss.

- (2018) «Reconocimiento y ejecución en España de una Orden Europea de Investigación (Análisis del Proyecto de Ley 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)», en GONZÁLEZ CANO (Dir.) *Integración Europea y Justicia Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 447 y ss.

KOSTORIS (2018), «Orden europea de investigación y derechos fundamentales», en ARANGÜENA FANEGO y DE HOYOS SANCHO (Dir.) *Garantías procesales de investigados y acusados. Situación actual en el ámbito de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 321 y ss.

LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA (2021), «El principio de reconocimiento mutuo y el principio de proporcionalidad en la orden europea de investigación», en MORENO CATENA y ROMERO PRADAS (Dir.) *Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea. Libro homenaje a la Prof.ª M^a Isabel González Cano*, Tirant lo Blanch, pp. 559 y ss.

- (2020) *La Orden Europea de Investigación y su incorporación al Derecho español*, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 51 y ss.

MARTÍNEZ GARCÍA (2018) «La orden europea de investigación», en GONZÁLEZ CANO (Dir.) *Integración Europea y Justicia Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 413 y ss.

- (2016) *La orden europea de investigación. Actos de investigación, ilicitud de la prueba y cooperación judicial transfronteriza*, Tirant lo Blanch, Valencia.

MITJA y DELLA TORRE (2018), «Lotta alla criminatità nel cyberspazio: la Commissione presenta due proposta per facilitare la circolazione delle prove elettroniche nei processi penali», *Diritto penale contemporaneo*, n° 5, pp. 277 y ss.

PILLADO GONZÁLEZ (2018), «Los motivos de denegación del reconocimiento y la ejecución por las autoridades españolas de una orden europea de investigación que requiera medidas específicas de investigación», en JIMÉNEZ CONDE (Dir.) *Adaptación del Derecho Procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 61 y ss.

RODRÍGUEZ GARCÍA, (2019) «Orden de investigación europea: España como país de emisión», en GONZÁLEZ CANO (Dir.) *Orden Europea de Investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 476 y ss.

RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO (2016), *Obtención y admisibilidad en España de la prueba penal transfronteriza. De las comisiones rogatorias a la orden europea de investigación*, Aranzadi, Pamplona.

TINOCO PASTRANA (2020), «The Proposal on electronic evidence in the European Union», en *Eucrim*, 1, pp. 46 y ss.

- (2018) «La transposición de la orden europea de investigación en materia penal en el ordenamiento jurídico español», en *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, pp. 116 y ss.