

Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la Orden Europea de Investigación en materia penal [DOUE L 130 de 1-V-2014]

ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACIÓN EN MATERIA PENAL (OEI): LA INVESTIGACIÓN Y OBTENCIÓN DE PRUEBAS TRANSFRONTERIZAS EN LA UNIÓN EUROPEA

La promulgación de la Directiva relativa a la Orden Europea de Investigación en materia penal (OEI), objeto de este comentario, requiere su contextualización en el más amplio marco del denominado «Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia», cuyo mantenimiento y desarrollo constituye uno de los objetivos prioritarios de la Unión y una constante línea de actuación desde que el 14 de junio de 1985, el Acuerdo Europeo relativo a la supresión gradual de los controles de las fronteras comunes (Acuerdo Schengen) previera, en su artículo 9, el refuerzo de la cooperación entre las autoridades aduaneras y policiales.

Solo un año más tarde, el Acta única Europea, firmada en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986 por nueve Estados miembros de la Unión Europea y el 28 de febrero de 1986 por Dinamarca, Italia y Grecia, afianza la idea nuclear de un «Espacio Judicial Europeo», sustituyendo íntegramente el Título VI del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea por una serie de normas bajo la rúbrica común de «Disposiciones relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal».

Concretamente en el artículo K.1 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (inserto en el mencionado Título VI, modificado por el Acta Única Europea) se subraya, como objetivo de la Unión, el de elaborar una Acción Común entre los Estados miembros de la Unión en los ámbitos de la cooperación policial y judicial mediante la lucha y prevención de la delincuencia (organizada o no), de naturaleza transfronteriza, a través de una reforzada cooperación, de un lado, entre las autoridades policiales y, de otro, entre las autoridades judiciales y otras autoridades competentes de los Estados miembros.

Lejos está el Acta Única Europea de apostar firmemente por un sistema de reconocimiento mutuo, anclada en su articulado en un sistema puro de asistencia judicial basado en instrumentos internacionales caracterizados por el «principio de solicitud», un modelo inspirado en formas básicas de derecho convencional «rogatorio», consistente, en síntesis, en que un Estado soberano presente una solicitud de cooperación a otro Estado que es libre de dar o no curso a esta demanda.

Con el Tratado de Unión Europea de 7 de febrero de 1992 las cuestiones relativas a la cooperación judicial penal se sitúan en el Tercer Pilar (Asuntos de Justicia e Interior, concretamente en el Título VI, artículos K a K.9), lo que implica que las instituciones

europas no producen normas propias en esta materia, sino que se limitan a fomentar una cooperación intergubernamental.

En este contexto, el 2 de octubre de 1997 se aprueba el Tratado de Ámsterdam por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos teniendo como especial consecuencia la asunción por parte de la Unión Europea de competencias normativas en materia de cooperación civil y algunos aspectos relativos a la persecución de delitos (lo que supone una comunitarización de estas materias que pasan de situarse en el Tercer Pilar a insertarse en el Primer Pilar). Aunque, sin duda, lo más trascendental al respecto es, de un lado, la previsión expresa de un «Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia», y, de otro, el deseo de lograr una aproximación entre las legislaciones de los Estados miembros en materia de delincuencia organizada, terrorismo y tráfico de estupefacientes.

A raíz de la aprobación del Tratado de Ámsterdam ya en el Consejo Europeo de Cardiff, celebrado los días 15 y 16 de junio de 1998, se reconoce la necesidad de aumentar la capacidad de los ordenamientos jurídicos nacionales de cooperar estrechamente y de un mayor reconocimiento mutuo de las respectivas resoluciones judiciales en materia penal.

Pero es en el Plan de Acción del Consejo y de la Comisión, adoptado el 3 de diciembre de 1998, en el que se apuesta firmemente por reforzar la cooperación judicial en materia penal logrando la aproximación de las normas de Derecho penal, abordando la resolución de problemas concretos que afectan a este ámbito, y acordando, específicamente en la letra f) del punto 45, que se inicie un proceso destinado a facilitar el reconocimiento mutuo de las resoluciones y la ejecución de las sentencias en materia penal en un plazo de dos años a contar desde la entrada en vigor del mencionado Tratado.

Así las cosas, se celebra el Consejo Europeo de Tampere los días 15 y 16 de octubre de 1999, con el objetivo prioritario de que «La Unión se convierta en un espacio de libertad, seguridad y justicia, utilizando plenamente las posibilidades que ofrece el Tratado de Ámsterdam», para lo cual proclama expresamente que

El ejercicio de la libertad requiere un auténtico espacio de justicia en el que las personas puedan recurrir a los tribunales y a las autoridades de cualquier Estado miembro con la misma facilidad que a los del suyo propio. Debe evitarse que los delincuentes encuentren la forma de aprovecharse de las diferencias existentes entre los sistemas judiciales de los Estados miembros. Las sentencias y resoluciones deben respetarse y ejecutarse en toda la Unión, salvaguardando al mismo tiempo la seguridad jurídica básica de las personas y de los agentes económicos. Hay que lograr que aumenten la compatibilidad y la convergencia de los sistemas judiciales de los Estados miembros.

Es en el Consejo de Tampere en el que no solo se ratifica que el «principio de solicitud» debe ser sustituido por el «principio de reconocimiento mutuo», estando llamado

a convertirse este último en la «piedra angular» de la cooperación judicial en materia civil y penal, sino también que ha de aplicarse tanto a las sentencias como a otras resoluciones judiciales, haciendo, en este sentido, expresa referencia en la Conclusión 36 a «los autos anteriores al juicio, en particular a los que permiten a las autoridades competentes actuar con rapidez para obtener pruebas y embargar bienes que puedan ser trasladados con facilidad».

Obviamente, este principio de reconocimiento mutuo adquiere especial importancia en relación con el espinoso tema que constituye el núcleo de la Fase de investigación o instrucción de todo proceso penal: la práctica de diligencias de investigación, máxime cuando se aspira a un sistema de libre circulación de pruebas en el ámbito de la Unión Europea y, por consiguiente, a diseñar una suerte de «Derecho Probatorio Europeo» (sobre todo en materia penal).

En este contexto, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 82, 1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que, recogiendo expresamente las conclusiones del Consejo de Tampere, establece que la Cooperación judicial en materia penal ha de basarse en el principio del mutuo reconocimiento no solo de las sentencias sino también de las resoluciones anteriores a ella, y de conformidad, de un lado, con el Programa de medidas destinado a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo (de 29 de noviembre de 2000) y, de otro, con el Programa de La Haya (incluido en las Conclusiones del Consejo de los días 4 y 5 de noviembre de 2004), el Consejo adopta dos importantes Decisiones Marco: de un lado, la Decisión Marco 2003/577/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas; y, de otro, la Decisión Marco 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, que pretenden constituirse en el embrión de ese Derecho «Probatorio Europeo», basado en el principio de reconocimiento mutuo, al que aspiran las Instituciones de la Unión Europea.

Solo un año después de la promulgación de la última de las mencionadas Decisiones Marco, la Comisión publica (el 11 de noviembre de 2009) el Libro Verde sobre la obtención de pruebas en materia penal en otro Estado miembro y sobre la garantía de su admisibilidad, y elabora el denominado Programa de Estocolmo de 11 de diciembre de 2009 «relativo a un espacio de libertad, seguridad y justicia al servicio de los ciudadanos», en los que se apuesta, decididamente, por proseguir la creación de un sistema general para obtener elementos de prueba en los casos de dimensión transfronteriza, aplicando el principio de reconocimiento mutuo, pero teniendo en cuenta, también, la flexibilidad del sistema de la asistencia judicial en materia penal. Para ello, se propone sustituir todos los instrumentos existentes (sean de asistencia judicial o de reconocimiento mutuo) por un régimen general de obtención de elementos de prueba, que cubra, en la medida de lo posible, todos los tipos de medidas de investigación, al que denomina «mandato europeo de obtención de pruebas».

Con este panorama que dificulta, a la postre, la aspiración a instaurar un Derecho Probatorio Europeo, 7 países de la Unión Europea (Bélgica, Bulgaria, Estonia, España, Austria, Eslovenia y Suecia) encabezan en el año 2010 una Iniciativa con vistas a la adopción de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al denominado «Exhorto Europeo de Investigación en materia penal» (EEI), que aspira a sustituir todos los instrumentos que regulan la práctica de diligencias de investigación en el marco de un proceso penal por un Régimen General que cubra todos los tipos de diligencias.

Sin embargo, el texto original de la Propuesta de Directiva sobre el EEI de 2010 comienza pronto a suscitar dudas entre los organismos de la Unión Europea. Tanto es así que en el mismo año de su presentación, en 2010, el Supervisor Europeo de Protección de Datos emite un Dictamen poniendo de manifiesto la escasa protección que la Propuesta de Directiva dispensaba a los datos personales cuando el Exhorto tenía como finalidad obtener pruebas en casos, por ejemplo, relativos a información sobre cuentas corrientes, transacciones bancarias, videoconferencias o comunicaciones telefónicas.

Asimismo, en 2011 tanto la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo, como la Comisión Europea, en sendos informes, reprochan a la Propuesta de Directiva la ausencia de referencia expresa, entre otros aspectos, a principios básicos en la obtención de elementos de prueba, como el principio de proporcionalidad o el principio *ne bis in idem*, y también la nula referencia a disposiciones europeas de obligado cumplimiento en materia de Derecho Probatorio, como el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Ante estas y otras objeciones de gran calado se elabora un nuevo texto de Proyecto de Directiva relativa al EEI en materia penal que incorpora todas estas sugerencias y garantías. Este texto, de 9 de diciembre de 2011, fue posteriormente examinado por la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo elaborándose un Proyecto de Informe el 10 de febrero de 2012 en el que se recogen una serie de Enmiendas al mismo.

Este Proyecto de Directiva quedó paralizado como consecuencia del grave conflicto surgido entre la Comisión y el Parlamento Europeo el 7 de junio de 2012, momento en que los Ministros de Justicia y Asuntos de Interior de los Estados miembros decidieron modificar la base legal de una propuesta de la Comisión Europea relativa a un nuevo mecanismo de evaluación para Schengen. De tal forma que según el acuerdo alcanzado por el Consejo, ya no sería necesario el visto bueno de la Eurocámara para la entrada en vigor de proyectos legislativos. A la vista de ello, la Conferencia de Presidentes decidió el 13 de junio 2012 que el Parlamento Europeo suspendía la cooperación con el Consejo en 5 dossiers legislativos entre los que se encontraba el Proyecto de Directiva sobre el EEI en materia penal.

Dos años más tarde, salvados todos estos obstáculos y retomado el Proyecto de Directiva con el oportuno cambio de nomenclatura (Exhorto Europeo de Investigación por Orden Europea de Investigación), el 1 de mayo de 2014 (*DO L 130/1*) se publica en el *Diario Oficial de la Unión Europea* la Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la Orden Europea de Investigación en materia penal, en la que se recogen las objeciones que ya habían puesto de relieve tanto el Supervisor Europeo de Protección de Datos como la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo.

Son varias las novedades que introduce la Directiva de 2014 (para todos los Estados miembros a los que vincula), siendo una de las más destacadas que la misma sustituye desde su entrada en vigor, por un lado, a la Decisión Marco 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 y, por otro, a la Decisión Marco 2003/577/JAI, de 22 de julio, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas (art. 34.2), con objeto de salvar el ámbito limitado de la primera y la escasa frecuencia de aplicación de la segunda. Aunque, no obstante, y dado que la fecha límite de trasposición de la Directiva se fija en el 22 de mayo de 2017 (arts. 34.1 y 36), hasta entonces seguirán siendo de aplicación en los países vinculados por la Directiva las disposiciones relativas a asistencia judicial en materia penal contenidas en el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal del Consejo de Europa, de 20 de abril de 1959, así como sus dos Protocolos adicionales y los acuerdos bilaterales celebrados con arreglo a su artículo 26, el Convenio relativo a la aplicación del acuerdo de Schengen y el Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea y su Protocolo.

La sustitución de ambas Decisiones Marco por la Directiva de 2014 facilita que la OEI pueda ser dictada por la autoridad competente (juez, órgano jurisdiccional, juez de instrucción o fiscal) tanto en fase de investigación como en fase de enjuiciamiento (arts. 2 y 5), siendo que la finalidad de la resolución judicial que así la ordene puede consistir tanto en practicar en el Estado de ejecución una o varias diligencias de investigación «con vistas a obtener pruebas» como la obtención de pruebas «que ya obren en poder de las autoridades competentes del Estado de ejecución» (art. 1), salvando así el obstáculo que implicaba la emisión de un Exhorto europeo de obtención de pruebas previsto en la Decisión Marco de 2008 que únicamente era aplicable a las pruebas ya existentes que obraban en poder de una autoridad del Estado de ejecución.

En cuanto al ámbito de aplicación de la OEI, y aun cuando en su Considerando (8) se señala que «debe tener un ámbito horizontal y por ello se debe aplicar a todas las medidas de investigación dirigidas a la obtención de pruebas», lo cierto es que, por un lado, en su art. 3 la Directiva de 2014 excluye aquellas pruebas obtenidas en el marco de un equipo conjunto de investigación que quedan sujetas a las normas sobre

asistencia judicial mutua en materia penal y, por el otro, en su Considerando (9) señala que no debe aplicarse a la vigilancia transfronteriza a la que se refiere el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985.

Asimismo, el reconocimiento y ejecución de una OEI queda condicionado a que la misma sea emitida para la práctica de diligencias de investigación o para la obtención de pruebas en relación con un catálogo cerrado de delitos (art. 11) que aparecen relacionados en el Anexo D de la Directiva de 2014 y que comprende conductas delictivas tanto de dimensión transfronteriza como no transfronteriza como, a modo de ejemplo y entre otros, la pertenencia a organización delictiva, terrorismo, trata de seres humanos, explotación sexual de menores y pornografía infantil, tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos, corrupción, asesinato, lesiones graves, tráfico ilícito de órganos y tejidos humanos, secuestro, detención ilegal y toma de rehenes, violación o incendio.

Además de ello, el Capítulo IV de la Directiva prevé disposiciones específicas aplicables a determinadas diligencias de investigación en relación no solo a los requisitos a observar en su práctica, sino también a los motivos de denegación del reconocimiento y/o ejecución de una OEI relativa al traslado temporal de detenidos al Estado de emisión o al Estado de ejecución con el fin de llevar a cabo una medida de investigación (arts. 22 y 23), a la comparecencia de testigos y/o peritos por videoconferencia u otros medios de transmisión audiovisual o por conferencia telefónica (arts. 24 y 25), a la obtención de información sobre cuentas bancarias u otro tipo de cuentas financieras, operaciones bancarias u otro tipo de operaciones financieras (arts. 26 y 27), a la obtención de pruebas en tiempo real mediante, por ejemplo, el seguimiento de operaciones bancarias o una entrega vigilada (art. 28), a las investigaciones encubiertas (art. 29) y a la intervención de telecomunicaciones (arts. 30 y 31).

Por otro lado, es de destacar que la OEI ha de ser adoptada mediante resolución dictada en todo caso por una autoridad judicial o fiscal (arts. 1 y 2) no solo de oficio o a instancias del Ministerio Público o Fiscal, sino también, y en ello radica la novedad, a instancias de «una persona sospechosa o acusada (o por un abogado en su nombre)» (art. 1.3), en aplicación del derecho de defensa que la totalidad de los Estados miembros de la Unión Europea reconocen y garantizan en el marco de un proceso penal (tanto en la fase de instrucción como en la fase de enjuiciamiento).

En cuanto al procedimiento a seguir para la adopción de una OEI, de lo dispuesto en los arts. 6 a 13 de la Directiva, y al igual que ocurría con los instrumentos que la preceden regulados en las Decisiones Marco de 2003 y 2008, es necesario distinguir entre una fase de emisión y transmisión de la OEI cuya competencia corresponde a la autoridad judicial o fiscal del Estado emisión y una fase de reconocimiento y ejecución de la OEI cuya competencia se atribuye a la autoridad judicial o fiscal del Estado de ejecución.

En la fase de emisión, la autoridad competente del Estado de emisión ha de ajustarse formalmente al formulario que acompaña a la Directiva debiendo hacer constar, necesariamente, en la OEI la información a que se refiere el artículo 5 y con específica descripción de la medida o medidas de investigación solicitadas y/o de las pruebas a obtener.

Cuida especialmente la Directiva en esta fase de emisión la observación por parte de la autoridad judicial o fiscal, por un lado, de los principios de necesidad y proporcionalidad a los fines del proceso y, de otro, de garantizar el respeto y preservación de los derechos del imputado o acusado (art. 6) al objeto de dar pleno cumplimiento tanto a los arts. 48 y 52 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea como a las Directivas 2010/64/UE, 2012/13/UE y 2013/48/UE del Parlamento y del Consejo relativas a derechos procesales en procesos penales. Y es, asimismo, escrupulosa la Directiva a la hora de exigir que la transmisión de la OEI a la autoridad de ejecución se lleve a cabo por cualquier medio que permita al Estado de ejecución dejar constancia escrita o telemática de su autenticidad (art. 7).

En la fase de reconocimiento y ejecución ya en el largo proceso de elaboración de la Directiva se puso de manifiesto desde distintas instancias que el éxito de esta clase de instrumentos de cooperación judicial penal habría de radicar en la restricción de los motivos de denegación de órdenes europeas por parte de las autoridades de ejecución que, a la postre, convierten al principio de reconocimiento mutuo en una suerte de presunción *iuris tantum*. Sin embargo, por el contrario, de los excesivamente amplios motivos de denegación o de aplazamiento del reconocimiento o ejecución de una OEI (arts. 11 y 15) se deduce que el legislador europeo pone de manifiesto la reticencia existente en los Estados miembros a aplicar con plenitud el principio de reconocimiento mutuo en asuntos penales.

Se regulan, no obstante, pormenorizadamente, los límites temporales que las autoridades del Estado de ejecución han de observar para emitir la resolución de reconocimiento o ejecución de la OEI. Pero, aun cuando inicialmente el plazo para dictar la resolución de reconocimiento o ejecución se fija en un máximo de 30 días desde su recepción por la autoridad competente del Estado de ejecución, se autorizan aplazamientos y prórrogas, unos de hasta 90 días y otros de hasta 30 días (art. 12), que, a la luz del artículo 15, pudieran prolongarse en el tiempo más allá de estos límites si se tiene en consideración que la autoridad del Estado de ejecución puede aplazar el reconocimiento o la ejecución de la OEI si, por un lado, «su ejecución puede perjudicar una investigación penal o actuaciones judiciales penales en curso, hasta el momento que el Estado de ejecución lo considere razonable» o, por el otro, «los objetos, documentos o datos de que se trate están siendo utilizados en otros procedimientos, hasta que ya no se requieran con este fin».

Por último, incorpora la Directiva disposiciones específicas relativas a la emisión de una OEI relacionada y complementaria de una OEI anterior (art. 8), a las garantías de los recursos a interponer contra la emisión de una OEI (art. 14), a la confidencialidad de la investigación (art. 19), a la observación de la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal (art. 29) y a la posibilidad de que la autoridad de emisión pueda dictar una OEI «con vistas a la adopción de cualquier medida de investigación destinada a impedir de forma cautelar la destrucción, transformación, desplazamiento, transferencia o enajenación de un objeto que pudiera emplearse como pruebas» (art. 32).

M.^a Paula DÍAZ PITA
Profesora Contratada Doctora de Derecho Procesal
Universidad de Sevilla
pdp@us.es