

LA TRANSPOSICIÓN DE LA ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACIÓN EN MATERIA PENAL EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

Ángel Tinoco Pastrana*

RESUMEN: 1. Introducción. – 2. Régimen general de la Ley de Reconocimiento Mutuo aplicable a la orden europea de investigación. – 3. Regulación específica de la orden europea de investigación: aspectos generales. – 4. Emisión y transmisión de la orden europea de investigación. – 5. Reconocimiento y ejecución de la orden europea de investigación. – 6. Conclusión.

1. Introducción

En este trabajo vamos a estudiar la transposición en el ordenamiento español de la Orden Europea de Investigación en materia penal (OEI), instrumento de reconocimiento mutuo regulado por la Directiva 2014/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014 (DOEI)¹. En España la Directiva ha sido incorporada recientemente, en concreto a través de la Ley 3/2018 de 11 de junio², de reforma de la Ley 23/2014 de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (LRM)³, incumpliendo por tanto en más de un año el plazo establecido en la Directiva (art. 36),

Double blind peer reviewed article.

* Profesor de Derecho Procesal de la Universidad de Sevilla. E-mail: atinoco@us.es

¹ El presente estudio se enmarca dentro del Proyecto de Investigación “*Un paso adelante en la consolidación del espacio judicial europeo y su aplicación práctica en España: visión desde el proceso civil y penal*”, Plan Nacional de I+D+I (Ref.: DER2015-71418-P (MINECO/FEDER)) y del Proyecto de Investigación “Los desafíos de los derechos humanos ante los nuevos riesgos y amenazas”, Acciones de dinamización de carácter internacional Europa investigación del Programa Estatal de I+D+I (Ref.: EUIN2017-85437 (MINECO)). Destacamos sobre la implementación de la Directiva en la UE, el “Código de buenas prácticas”, que se está elaborando por el Proyecto EUROCOORD “*Best Practices for EUROpean COORDination on investigative measures and evidence gathering*”, Comisión Europea, JUST-2015-JCOO-AG/JUST-2015-JCOO-AG-1, dirigido por la Profra. Mar JIMENO BULNES (Universidad de Burgos) <http://eurocoord.eu/>.

² Véase https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2018-7831. Se trata además del único Proyecto de Ley del Ministerio de Justicia que hasta la fecha ha llegado a promulgarse como Ley y por tanto una de las escasas leyes emanadas en esta legislatura, por lo que la tardanza del legislador es consecuencia en gran medida de la inestabilidad política española.

³ Texto consolidado disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2014-12029>.

que expiró el 22 de mayo de 2017. No obstante estimamos que la LRM constituye un texto normativo que responde a la experiencia y dificultades prácticas en el ámbito de la cooperación judicial y de la aplicación del principio de reconocimiento mutuo, lo cual nos permite prever y afirmar que probablemente facilite la utilización de este nuevo instrumento, si bien también hemos observado algunas cuestiones que se tratan en la misma de forma imprecisa o incompleta, como veremos posteriormente en su respectiva sede. Hasta la entrada en vigor de la Ley 3/2018, en España se aplicaba el Dictamen 1/2017 de la Fiscalía de Sala de Cooperación Penal Internacional, sobre el régimen legal aplicable debido a la no transposición en plazo de la Directiva⁴. La LRM se aplicará a la OEI que se transmita o se reciba por las autoridades españolas tras su entrada en vigor (2 de julio de 2018), aunque se hubieran emitido previamente o los hechos a los que vaya referida sean previos a dicho momento (Disposición transitoria única Ley 3/2018). Sin embargo si se hubiera recibido la OEI con anterioridad a esta fecha, se tramitará en su totalidad conforme a la normativa vigente entonces, por lo cual según lo previsto en el Dictamen 1/2017 en la medida que fuera posible, habría que aplicar la Directiva en el ámbito de la cooperación judicial para resolver las cuestiones que se pudieran plantear por los Estados vinculados por la misma⁵, entre otras reglas interpretativas y precisiones previstas en dicho Dictamen.

La Comisión Europea dio un ultimátum a España (junto a Austria, Bulgaria y Luxemburgo) en el Dictamen motivado de 25 de enero de 2018 (infracción nº 20170346, en aplicación del art. 258 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)), para que en el término de dos meses se promulgara la norma de transposición de la Directiva; en caso contrario elevaría la cuestión ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) a través de un recurso por incumplimiento. España ya fue apercibida de ello por la Comisión Europea en julio de 2017 con la apertura de un expediente sancionador. En dicho Dictamen se destaca que este instrumento de reconocimiento mutuo, que obliga a reconocer las pruebas obtenidas en otros Estados miembros como si hubieran sido obtenidas por una autoridad nacional, constituye una importante herramienta para la rapidez y eficiencia en la lucha contra la delincuencia y el terrorismo a nivel europeo.

Ello por tanto pone de manifiesto tanto las prioridades de la Unión Europea (UE), como la propia concepción y la virtualidad de la OEI en el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ) para la lucha contra estas graves amenazas internacionales.

⁴ Puede consultarse en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/DIC%201-17%20OEI%20Regimen%20transitorio_2.pdf?idFile=6b507dd8-4ec7-427a-b17d-4d29de03539f

⁵ Como observó C. ARANGÜENA FANEGO, *Orden Europea de Investigación: próxima implementación en España del nuevo instrumento de obtención de prueba penal transfronteriza*, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2017, n. 58, pp. 911, 912 y 915, la falta de transposición dentro del plazo previsto en la Directiva, provocó una situación de completa asimetría ya que coexistían los Estados que la habían incorporado y los que aún no lo habían hecho, no estando prevista esta situación en ninguna disposición de la Directiva. Al margen de ello existen aspectos que no estaban claros en la Directiva, tales como la determinación del alcance “de las disposiciones correspondientes de los Convenios que sustituye”, la cual considera la autora que constituye una expresión “vaga” que ha obligado a las autoridades nacionales a interpretar si en un caso concreto para solicitar una medida deben utilizarse los Convenios o la OEI.

Precisamente por ello recientemente la Comisión Europea en abril de 2018, ha publicado la propuesta de Reglamento sobre la “Orden Europea de Entrega y de Conservación”, referente a las pruebas electrónicas y la propuesta de Directiva sobre los “Representantes legales en la UE”, instrumentos claramente enfocados para la lucha contra el terrorismo y la delincuencia transnacional⁶. Es muy interesante en el actual contexto legislativo de la UE, que se hayan efectuado estas propuestas para suplir las carencias que al respecto existirían en la recién inaugurada OEI, que podría ser claramente insuficiente a pesar de haber introducido además disposiciones específicas para las medidas de investigación tecnológica, medidas que como sabemos también estaban previstas en la tradicional asistencia judicial. Es previsible que estos nuevos instrumentos puedan implicar tanto una reforma a corto plazo de la DOEI como que al mismo tiempo coexistan con ésta, lo cual podría afectar a su utilización práctica y efectividad. Por otro lado se pone nuevamente de manifiesto de alguna forma que la UE ha sido incapaz hasta el momento de crear un verdadero y exitoso instrumento de reconocimiento mutuo para la obtención transnacional de la prueba, a diferencia de lo que sucedió con la Orden Europea de Detención y Entrega (OEDE). Estimamos por tanto que estamos ante un gran reto por superar, lo cual constituye además una auténtica necesidad ante la rápida evolución de las formas de criminalidad antes referidas que constituyen serias amenazas para el ELSJ. Ello se refleja claramente en el comunicado de prensa divulgado por la Comisión Europea sobre las mencionadas propuestas⁷.

Continuando con el Dictamen motivado que la Comisión Europea dirigió a España, destacamos que el mismo también se advirtió que nuestro Estado está infringiendo la jurisprudencia del TJUE, dado que en el ordenamiento español la responsabilidad por infracción del Derecho de la Unión Europea (UE) es inferior a la que existe por la infracción de la Constitución Española (CE), por lo cual se incumplen con los principios de equivalencia y de efectividad. La Comisión Europea advirtió además de que las condiciones de procedimiento en España tampoco respetan la jurisprudencia consolidada del TJUE, provocando que sea muy complicado determinar la responsabilidad del Estado ante una infracción del Derecho de la UE, repercutiendo ello negativamente en su propia efectividad⁸.

Actualmente todos los Estados han transpuesto la Directiva⁹, a diferencia de lo que sucedió en otros instrumentos de reconocimiento mutuo anteriores relacionados con la OEI que algunos Estados tardaron años en incorporar, superándose por tanto ampliamente

⁶ Al respecto, https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/criminal-justice/e-evidence-cross-border-access-electronic-evidence_en

⁷ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-3343_en.htm

⁸ Respecto al Dictamen véase http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-18-349_EN.htm además de http://ec.europa.eu/atwork/applying-eu-law/infringements-proceedings/infringement_decisions/index.cfm?lang_code=EN&typeOfSearch=true&active_only=0&noncom=0&r_dossier=20170346&decision_date_from=&decision_date_to=&title=&submit=Search

⁹ Véase https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/EJN_Library_StatusOfImpByCat.aspx?CategoryId=120, donde se puede conocer tanto el momento de incorporación de la DOEI por los diversos Estados como la respectiva Ley de transposición. España ha sido el antepenúltimo Estado en promulgar la norma, el último fue Luxemburgo.

el plazo previsto para ello, como sucedió con el Exhorto Europeo de Obtención de Pruebas (EOP), lo cual conllevó en la práctica al completo desuso de dicho instrumento que si bien se deroga con la entrada en vigor de la Directiva (art. 34.2), ya fue derogado de forma previa por el Reglamento (UE) 2016/95, de 20 de enero de 2016. También posee estrechas implicaciones con la Decisión Marco 577/2003/JAI, derogando la Directiva las disposiciones referentes al aseguramiento de la prueba, si bien permanecen en vigor las atinentes al embargo preventivo, como destacaremos fundamentalmente cuando tratemos la adopción de medidas cautelares a través de la OEI.

La LRM constituye una auténtica codificación de las normas de transposición de los instrumentos reconocimiento mutuo en materia penal. Supone la creación por el legislador de un marco en el que se incorporan las diversas normas de la UE por las que se crean estos instrumentos, de tal forma que resulte más fácil incorporar las futuras Directivas o normas que se promulguen, por lo que se supera la técnica de incorporación individual de cada Directiva o instrumento¹⁰. Podemos afirmar por tanto que respecto a los Estados de nuestro entorno, la legislación española ofrece una seguridad jurídica adicional al mejorar la accesibilidad de la aplicación del principio de reconocimiento mutuo en materia penal y superar la dispersión normativa que predomina en otros ordenamientos. De este modo en la LRM existen una serie de disposiciones comunes para todos los instrumentos (Título Preliminar y Título I (arts. 1 a 33), que regulan de forma unificada aspectos comunes tales como las autoridades de emisión, reconocimiento y ejecución, idioma, traducciones, autoridades centrales, régimen jurídico aplicable, emisión y transmisión de los instrumentos, régimen de recursos, gastos, comunicaciones, ausencia del control de la doble tipificación, motivos generales de denegación y resoluciones dictadas en ausencia, entre otros. En este marco común no obstante, se matizan algunas cuestiones para determinados instrumentos, lo cual estudiaremos cuando analicemos la transposición de la Directiva. Por tanto esta técnica legislativa facilita el acceso a la regulación española por las diversas autoridades implicadas, reduciendo en definitiva las dificultades para los diversos operadores jurídicos en un marco normativo tan extenso y complejo.

En consecuencia a pesar de la no promulgación dentro del plazo de la norma de transposición de la Directiva, se podría afirmar que en parte el ordenamiento español sí pudo estar adaptado a este instrumento, dadas las mencionadas disposiciones comunes de la LRM y además, por la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 (LECRIM), llevada a cabo por la Ley Orgánica 13/2015, de fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica¹¹. Esta reforma constituye una innovadora, completa y vanguardista regulación de las diligencias de investigación de carácter tecnológico, la cual en gran medida está enfocada a facilitar la aplicación de la Directiva, dado que estas diligencias de investigación son fundamentales en la lucha contra la delincuencia transnacional, el terrorismo y nuevas formas de criminalidad como la ciberdelincuencia, entre otros fenómenos delictivos. La

¹⁰ Así se destaca en el II párrafo, párrafos 9 y 10 del Preámbulo LRM.

¹¹ Disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-10725

relevancia de las diligencias de investigación tecnológicas en la OEI, la encontramos por ejemplo en la intervención de las telecomunicaciones (materia profusamente regulada y actualizada tras la reforma de la LECRIM), como se refleja en que esta diligencia de investigación y su progreso técnico, se destaca de forma particular en el informe que la Comisión elevará sobre la aplicación de la Directiva en 2019 (art. 37 DOEI).

Volviendo con la norma de transposición española, destacamos que ésta responde a los principios de necesidad, eficacia, fidelidad al texto de la Directiva y modificación mínima de la normativa previa con el objetivo de la simplificación, del mismo modo que a los principios de proporcionalidad y seguridad jurídica, respetando el marco estable, integrado y claro que introdujo la LRM en el ordenamiento español, como se destaca en el párrafo II *in fine* del Preámbulo de la Ley 3/2018.

A continuación vamos a analizar la transposición española de la Directiva, destacando aquellos aspectos específicos de mayor interés introducidos en el ordenamiento español para la aplicación de la OEI. En primer lugar veremos las especialidades dentro del régimen general de la LRM respecto a la OEI, a continuación las disposiciones específicas para la OEI, la emisión por España y finalmente el reconocimiento y la ejecución, finalizando con una conclusión general sobre este instrumento y su incorporación en el ordenamiento español. Haremos alusión además a determinadas particularidades o especialidades del sistema de enjuiciamiento criminal español respecto a los sistemas de otros países de nuestro entorno. Observamos de forma previa que en el sistema de enjuiciamiento criminal español existe una enorme dispersión normativa, no constituyendo la LECRIM un auténtico código procesal penal, al existir numerosas leyes procesales penales de carácter especial. El sistema de enjuiciamiento criminal es el acusatorio formal o mixto de origen francés, correspondiendo la fase investigación al Juez de instrucción, el Ministerio Fiscal carece del monopolio en el ejercicio de la acción penal y está en la órbita del Poder ejecutivo, coexistiendo con otras partes acusadoras, a pesar de que en principio rige la indisponibilidad de la acción penal existen importantes manifestaciones del principio de oportunidad, además es absolutamente residual y excepcional la posibilidad de celebrar la fase de enjuiciamiento sin la presencia efectiva del acusado. Por otro lado, sin embargo el proceso penal de los menores el modelo procesal es de corte acusatorio puro, adversativo y la fase de investigación corresponde al Ministerio Fiscal. Volveremos sobre algunas de estas peculiaridades en la medida en que pudieran ser relevantes para los procedimientos de emisión, reconocimiento y ejecución de la OEI.

2. Régimen general de la Ley de Reconocimiento Mutuo aplicable a la orden europea de investigación

En las disposiciones del régimen general de la LRM aplicable a todos los instrumentos de reconocimiento mutuo, se introducen previsiones específicas para la OEI. Otras disposiciones del régimen general han modificadas tras la transposición de la Directiva al

ordenamiento español, e incorporan cuestiones relevantes respecto a este nuevo instrumento. La OEI supone una importante innovación en materia de obtención transnacional de la prueba, entre otras novedades se documenta en un formulario, un título judicial unificado (el Anexo XIII LRM), del mismo modo que el primer instrumento de reconocimiento mutuo, la OEDE. El formulario constituye un mecanismo procesal que en gran medida ha contribuido al éxito de dicho instrumento, formulario que también existe en la orden europea de protección (art. 7.1,2 LRM). La OEDE continúa siendo considerada en gran medida como el instrumento “estrella” de la cooperación judicial en materia penal, si bien creemos que probablemente en un futuro pueda rivalizar con la OEI por esta posición. Anteriormente a la OEI, en los otros instrumentos de reconocimiento mutuo dirigidos a la obtención de la prueba era necesario emitir la resolución y el certificado, lo cual complicaba enormemente su uso por las autoridades judiciales, que por esta razón entre otras, no le encontraban un valor especial añadido respecto a la tradicional asistencia judicial, lo cual comprometió enormemente la eficiencia real de dichos instrumentos a los que la OEI sustituye¹². El formulario se traducirá a la lengua oficial del Estado al que se dirija, o bien a una de las lenguas oficiales de las instituciones de la UE aceptadas por dicho Estado, salvo que existan disposiciones convencionales con el Estado de ejecución que permita que se remita en español (art. 7.3,1 LRM), lo cual está en consonancia con lo previsto en la Directiva¹³, ampliando por tanto la regulación española su contenido al incluir la referencia a las lenguas establecidas en dichas disposiciones convencionales.

Es importante destacar que si bien la transmisión de los instrumentos de reconocimiento mutuo y cualquier otra notificación que se practique en el marco de los mismos, se hará directamente a la autoridad competente del Estado de ejecución y que las dificultades que puedan surgir se resolverán a través de comunicaciones directas entre las autoridades implicadas, lo cual está en consonancia con el espíritu de la cooperación judicial y del propio principio de reconocimiento mutuo, en la legislación española (art. 8.1 LRM) ello se matiza respecto a la resolución de dichas dificultades para la OEI y la OEDE. En estos instrumentos se establece que participarán las autoridades centrales de los Estados Miembros, obviándose por tanto el predominio de las comunicaciones directas entre las autoridades judiciales implicadas sólo para estos dos importantes instrumentos. No es baladí que ello se haya introducido tras la última reforma de la LRM respecto a dichos instrumentos, dada la importancia cualitativa e incluso cuantitativa de los mismos en el ámbito de la cooperación judicial penal.

¹² Ello ha sido destacado en anteriores trabajos, Cfr. A. TINOCO PASTRANA, *El embargo preventivo y el aseguramiento de pruebas en los procesos penales en la Unión Europea. Novedades tras la Ley 23/2014, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea y la Directiva 2014/41/CE relativa a la orden europea de investigación en materia penal*, en *Cuadernos Europeos de Deusto*, 2015, n. 52, pp. 129 y 134.

¹³ La DOEI “anima” a los Estados a que efectúen una declaración sobre el régimen lingüístico (conforme al art. 5.2) e incluyan al menos otra lengua de uso común en la UE, además de su lengua o lenguas oficiales (párrafo XIV Prámbulo).

Este matiz en España no carece de relevancia, dado que la autoridad central con funciones de auxilio a las autoridades judiciales es el Ministerio de Justicia (art. 6 LRM), por tanto el Poder Ejecutivo. Como veremos el Ministerio de Justicia posee además importantes atribuciones tanto en la emisión como en el reconocimiento y ejecución de la OEI, las cuales superan el mero tratamiento de datos estadísticos o el deber de recibir información de las autoridades judiciales, pudiendo tomar relevantes decisiones que pueden llegar a afectar a la efectividad práctica de la OEI, en cuestiones tan importantes como la asunción de los gastos. A ello se suma el incremento de las atribuciones del Ministerio Fiscal¹⁴ en la emisión, reconocimiento y ejecución de la OEI, órgano que está en la órbita del Ministerio de Justicia y funciona conforme a los principios orgánicos de jerarquía y unidad respecto al Fiscal General del Estado¹⁵. Por tanto este mayor protagonismo decisorio del Poder Ejecutivo en la OEI, podría no estar en consonancia con el verdadero espíritu de la cooperación judicial si no se adoptan las necesarias cautelas y no se tergiversa el papel del Ejecutivo con criterios políticos, lo cual podría ser difícil de desvincular en determinado tipo de asuntos, de lo cual existe ya algún precedente práctico en la utilización por España de instrumentos de reconocimiento mutuo como la OEDE. Por tanto objetamos a la norma de transposición española que confiere demasiado protagonismo o intervención al Ministerio de Justicia y por tanto, al Poder Ejecutivo.

Además del deber de información al Ministerio de Justicia, se establece la información obligatoria y la petición de asistencia a Eurojust respecto a los instrumentos de reconocimiento mutuo, lo cual se rige por la Ley 16/2015 que regula el Estatuto del miembro nacional de España en Eurojust, los conflictos de jurisdicción, redes judiciales de cooperación internacional y el personal dependiente del Ministerio de Justicia en el exterior (art. 9 LRM). Por tanto vemos como en parte, existe una concurrencia de atribuciones entre el Ministerio de Justicia y Eurojust.

Otras atribuciones del Ministerio de Justicia español, las encontramos cuando España emita una OEI que requiera el tránsito de la persona reclamada por un Estado miembro diferente del Estado de ejecución, supuesto en el que tendrá que pedir la autoridad judicial española al Ministerio de Justicia que solicite dicha autorización, remitiendo copia del formulario al Estado de tránsito (art. 12.1 LRM). Lo mismo se prevé para el tránsito en territorio español de una persona que esté siendo trasladada al Estado de emisión desde el Estado de ejecución, teniendo que autorizarlo el Ministerio de Justicia, el cual podrá

¹⁴ De hecho en la Disposición adicional única LRM se establece que el Gobierno dotará al Ministerio Fiscal de los recursos necesarios para las nuevas previsiones y competencias que se les atribuye respecto a la OEI. Es decir, se omite cualquier referencia al incremento de los recursos para las otras autoridades judiciales implicadas, lo cual pone de manifiesto nuevamente la importancia de la Fiscalía en este instrumento. No obstante se trata de una novedad del legislador respecto a la transposición de otros instrumentos de la UE que se ha efectuado en los últimos años, dado que en anteriores normas de transposición se establecía un “coste cero”, que en gran medida obstaculiza su efectividad, como sucedió por ejemplo con el Estatuto de la Víctima (Ley 4/2015).

¹⁵ Véanse entre otros, los arts. 8, 22, 25, 26, 29 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, Ley 50/1981 (<https://www.boe.es/buscar/pdf/1982/BOE-A-1982-837-consolidado.pdf>).

solicitar al Estado de emisión que le remita una copia del formulario traducida al español (art. 27.1 LRM).

Por otro lado si en la ejecución de una OEI emitida por la autoridad judicial española se recibe comunicación del Estado de ejecución proponiendo un reparto de gastos, quien tiene que aceptar o rechazar total o parcialmente la propuesta del Estado de ejecución o bien llegar a un acuerdo, es el Ministerio de Justicia. Esta importante disposición práctica puede afectar a la propia existencia de la OEI, dado que si el Ministerio de Justicia no lo autoriza o no llega a un acuerdo, la autoridad judicial española tendrá que adoptar una decisión sobre si la retira total o parcialmente (art. 14.2 y .3 LRM). Recordemos que el principio general conforme a la Directiva, consiste en que el Estado español financiará los gastos de la ejecución de la OEI transmitida a otro Estado, salvo los ocasionados en el Estado de ejecución (art. 14.1 LRM).

En la ejecución por las autoridades españolas de una OEI encontramos un planteamiento y solución similar. Si la autoridad española considera que los gastos son excesivos lo pondrá de manifiesto efectuando una comunicación al Ministerio de Justicia, para que si éste lo considera conveniente realice una propuesta al Estado de emisión sobre el posible reparto de los gastos o bien modifique la OEI, para que no cubra los gastos el Estado español sino el de emisión (art. 25.3,1 LRM). Observamos que este criterio si bien está en consonancia con lo dispuesto en el art. 21 DOEI, de alguna forma podría desvirtuar su contenido al sustituir las comunicaciones directas entre las autoridades de emisión y ejecución, e incorporar esta relevante potestad decisoria del Poder Ejecutivo sobre una cuestión que en gran medida constituye la auténtica clave para la utilización práctica de la OEI.

La cuestión de la asunción de los costes constituyó uno de los aspectos que más debate suscitó en el proceso de elaboración de la OEI. Ello está además estrechamente relacionado además con el “test” de la proporcionalidad, institución que también provocó un intenso debate ante la dificultad de elaborar un concepto armonizado en la UE. En la proporcionalidad, deberá considerarse la gravedad del delito, la necesidad de prueba, la inexistencia de otra medida menos lesiva, las consecuencias para las personas afectadas, los fines del proceso e incluso, lo que es más relevante en la materia que ahora estamos tratando, los costes de la ejecución de la medida respecto a los fines del proceso, aunque esto último difiere de la definición de proporcionalidad según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)¹⁶. Si bien la valoración de la

¹⁶ A. LEGG, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*, Oxford, 2012, pp. 177-178. La doctrina de la proporcionalidad, que como concepto nace como un discurso ético antes que legal y además en el Derecho interno, por tanto de forma previa a que constituya una doctrina jurisdiccional en el ámbito del Derecho internacional de los derechos humanos, tiene como objetivo controlar si la injerencia de los Estados en los derechos humanos está justificada y además evitar que éstos se restrinjan innecesariamente, constituyendo en la actualidad un *topic* habitual en las decisiones que se adoptan al respecto. Esta doctrina constituye un argumento recurrente en el TEDH para la fundamentación de sus decisiones, posee un importante desarrollo jurisprudencial y además cada vez se utiliza con más frecuencia por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) e incluso por el Comité de Derechos Humanos de la Naciones Unidas (CDH). Fue introducido en 1968 en la jurisprudencia del TEDH (*Belgian Linguistics Case*) y del mismo modo que el concepto de “margen de

proporcionalidad la realiza la autoridad de emisión, la consulta al respecto por la autoridad de ejecución y la posibilidad de que se sustituya o deniegue la OEI, parece tener la finalidad de evitar que se asuman costes elevados¹⁷.

Continuando con la asunción de los gastos, sí está claro el supuesto de la emisión de la OEI por las autoridades españolas cuando suponga el traslado temporal de detenidos a España o al Estado de ejecución, en el cual España abonará los gastos, del mismo modo que cuando las autoridades españolas emitan una OEI para la intervención de telecomunicaciones, supuesto en el que España financiará los gastos derivados de la transcripción, descodificación y descifrado. Lo mismo se establece para la situación inversa es decir, que España sea el Estado de ejecución en estos supuestos, en los que asumirá los gastos el Estado de emisión (arts. 14.4, 25.3,2 LRM, conforme a los arts. 31.8, 22.10 y 23.3 DOEI).

También encontramos nuevamente el protagonismo del Ministerio de Justicia en la ejecución de la OEI en España, dado que si bien en los otros instrumentos de reconocimiento mutuo se precisa que su alcance no podrá extenderse a otras personas, bienes o documentos no comprendidos en los mismos, sin embargo para la OEI se realiza la salvedad adicional de lo dispuesto con la participación de las autoridades centrales de los Estados miembros (art. 21.2 LRM), autoridad que como hemos indicado en España es el Ministerio de Justicia, lo cual permitiría por tanto la extensión del alcance de la medida solicitada a España a través de la OEI con una decisión del Poder Ejecutivo. Ello no está exento de peligros al afectar al principio de proporcionalidad, además de no responder en puridad al espíritu de la cooperación judicial. Al respecto podríamos plantearnos diversas cuestiones, tales como cuáles serían las vías de recurso o impugnación de las decisiones que en el curso de la OEI adoptara el Ministerio de Justicia, las cuales podrían incluso exceder del orden jurisdiccional penal y dilucidarse en el orden

apreciación”, constituye una creación jurisprudencial que no está contemplada expresamente en el CEDH. Como destaca C. MICHAELSEN, *The Proportionality Principle, Counter-Terrorism Laws and Human Rights: A German-Australian Comparison*, en *City University of Hong Kong Law Review*, 2010, n. 2, pp. 19-20. una de las cuestiones fundamentales que se plantean en los últimos años para la lucha contra el terrorismo en toda su extensión, consiste en si es preciso o está justificado restringir determinadas libertades civiles y derechos humanos. La dialéctica entre “seguridad” y “libertad” ostenta una posición central tanto en el debate académico como político es decir, si dichas restricciones de los derechos humanos y libertades civiles son estrictamente justificables bajo la aplicación del “test” de la proporcionalidad. No obstante este autor se manifiesta contrario a utilizar el argumento del “balance” para conciliar la lucha y prevención del terrorismo con la protección de los derechos humanos y libertades civiles y observa, que no está justificada ninguna restricción de los mismos bajo la aplicación del test de la proporcionalidad. Destacamos estas opiniones doctrinales ya que como hemos visto la lucha contra el terrorismo del mismo modo que su financiación ilegal, constituye una de las cuestiones fundamentales para la que está concebida la OEI, instrumento donde el “test” de la proporcionalidad ostenta una especial complejidad, en lo cual incide también la con frecuencia compleja aplicación del binomio *lex loci* y *lex fori* en el reconocimiento y ejecución.

¹⁷ Sobre la proporcionalidad y los gastos que genere la OEI, L. BACHMAIER, *Prueba transnacional penal en Europa: la Directiva 2014/41 relativa a la orden europea de investigación*, en *Revista General de Derecho europeo*, 2015, n. 36, pp. 15-19. El artículo 6.3 DOEI es una norma que ha sido necesario introducir para lograr el apoyo necesario para la adopción de la Directiva. Este sistema de consulta sería consecuencia de las críticas de algunos Estados que no están dispuestos a asumir costes elevados, sobre todo en los Estados en los que rige el principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal.

contencioso-administrativo, lo cual no sería fácil de encajar en el sistema de la cooperación judicial penal y en todo caso consideramos que deberían resolverse por un órgano jurisdiccional penal. Por tanto y en conclusión, todo ello trae causa de las quizás excesivas atribuciones del Ministerio de Justicia español en el ámbito de aplicación de la OEI. Será no obstante la experiencia práctica, la cual en estos momentos por razones obvias es absolutamente insuficiente, la que arroje luz sobre estas cuestiones y planteamientos.

Continuando con el régimen general para todos los instrumentos de reconocimiento mutuo, se aplicarán a la OEI los motivos generales para la denegación del reconocimiento o ejecución (art. 32), además de los específicos que trataremos más adelante. Con carácter general no se reconocerá ni ejecutará la OEI, si existiera una resolución firme contra la misma persona y los mismos hechos es decir, si se vulnerara el principio *non bis in idem*. Dado que la resolución firme puede ser dictada por Estados diferentes al de emisión y al de ejecución, podríamos plantearnos qué sucedería si la resolución hubiera sido dictada por un Estado en el que el proceso no tuviera todas la garantías o en definitiva no fuera un auténtico proceso, lo cual podría ser un problema por ejemplo, en el supuesto de resoluciones de terceros Estados no pertenecientes a la UE o no vinculados al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), en materias tan delicadas como el crimen organizado o terrorismo internacional, sobre todo si la resolución fuera absolutoria o el condenado hubiera sido indultado. Ello restaría eficacia a la OEI como instrumento para la lucha contra estas formas de criminalidad, que constituyen serias amenazas para el ELSJ. Si ya es compleja la confianza mutua dentro del ámbito de la UE, aún esta cuestión es más dificultosa con otros Estados. Por ello la vulneración del principio *non bis in idem* se matiza en función de los términos previstos en las leyes, Convenios y Tratados Internacionales en los que España sea parte. Quizá debería ampliarse a los instrumentos internacionales en los que fuera parte el Estado de emisión, cuando España sea el de ejecución.

Tampoco se reconocerá y ejecutará la OEI si se refiere a hechos cuyo enjuiciamiento corresponde a la jurisdicción española¹⁸ y la sanción o la acción para perseguir el delito hubiesen prescrito conforme al Derecho español. También constituye motivo de denegación que el formulario esté incompleto, sea incorrecto o no responda a la medida y además que exista una inmunidad que impida la ejecución de la resolución. Lo expuesto se contempla en el art. 32.1 LRM, el cual ha sido modificado para la transposición de la Directiva, del mismo modo que el 32.3 LRM, que establece como potestativa la denegación del reconocimiento y ejecución, cuando esté referida a hechos que según el ordenamiento español estén cometidos en todo o en una parte fundamental en territorio español.

Además respecto a los motivos generales para la denegación, tiene aplicación la clásica lista de los treinta y dos delitos en la que no es necesario el control de la doble tipificación y sus excepciones inaugurada por la OEDE (art. 20 LRM), de tal forma que si se tratara

¹⁸ Conforme a la regulación de los límites externos de la jurisdicción española en el orden penal establecidos en el art. 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ).

de una infracción distinta a las contempladas en dicho elenco que no esté tipificada en el ordenamiento español, la autoridad española podrá denegar el reconocimiento y la ejecución, por lo que continúa siendo una causa potestativa, lo cual facilita la cooperación judicial.

Por otro lado es interesante que si bien con carácter general las autoridades españolas denegarán el reconocimiento y la ejecución si las resoluciones se hubieran dictado en ausencia del investigado, encausado o acusado, se introduce la excepción de que ello no será aplicable a la OEI, entre otros instrumentos, en concreto al embargo preventivo y aseguramiento de pruebas creado por la Decisión Marco 577/2003 y que tiene estrechas vinculaciones con la OEI, ya que por un lado la Directiva sustituye las disposiciones referentes al aseguramiento de la prueba (art. 34.2 DOEI) y por otro tenemos la hipótesis de la virtualidad de la OEI como medida cautelar (art. 32 DOEI) para el embargo preventivo y ulterior decomiso, como veremos más adelante. También se aplica esta excepción a las resoluciones por las que se imponen medidas alternativas a la prisión provisional. Ello en lo que respecta a la OEI estimamos que estaría en consonancia con el principio *pro cooperationis*, desarrollado por la jurisprudencia del TJUE¹⁹ por lo cual de alguna forma se facilita la aplicación de la OEI. En España existen estrictas normas de la comparecencia en los procesos penales, donde la ausencia del acusado en el juicio oral constituye una absoluta excepción. Sólo se permite de forma excepcional y residual, ya que ello de alguna manera contraviene el sistema general de la LECRIM, en los supuestos en los que la penalidad concreta no supere los dos años de prisión o si es de otra naturaleza, si no excede de seis años de duración (art. 786.1 LECRIM).

3. Regulación específica de la orden europea de investigación: aspectos generales

Tras el estudio de los extremos más relevantes referentes a la OEI dentro de las Disposiciones generales y comunes aplicables a todos instrumentos de reconocimiento mutuo, en el cual hemos destacado las modificaciones introducidas por la norma transposición de la Directiva, vamos a analizar la regulación específica de la OEI en el Título XLRM, el último de esta norma, la cual recordemos constituye un auténtico código de las normas de transposición de dichos instrumentos. En primer lugar vamos a ver las disposiciones generales del mencionado Título, si bien fundamentalmente nos vamos a

¹⁹ Como observa M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove nella Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, en *Diritto Penale Contemporaneo*, 2015, n. 4, pp. 10-13, el TJUE en materia de cooperación judicial posee una especial sensibilidad por preservar los objetivos de la UE, invocando la fórmula de la primacía, unidad y efectividad del Derecho de la UE, por lo que no siempre está adecuadamente justificada la restricción de los derechos fundamentales que restrinja los principios de equivalencia y proporcionalidad. Pero el TJUE no siempre ha priorizado claramente estos principios, privilegiando en la OEI los objetivos de la entrega de la persona y renunciando al grado más alto de protección de los derechos fundamentales del ordenamiento del Estado de ejecución, como se puso de manifiesto en el asunto *Melloni*. Esta restricción del principio de proporcionalidad en la ejecución de la OEI también la encontramos en el asunto *Radu*.

centrar en aquellos aspectos que desarrollan o difieren de lo regulado con carácter general en la Directiva.

Es significativo que en el primer artículo de la regulación de la OEI (art. 186.1 LRM), ya se observe que serán válidos en España aquellos actos de investigación que se realicen en el Estado de ejecución, con la condición de que no contradigan los principios fundamentales del ordenamiento español ni sean contrarios a las garantías procesales españolas²⁰ es decir, se consagra la *lex fori* cuando España sea el Estado de emisión de la OEI. Por tanto el legislador es consciente de que no todos los Estados reúnen las suficientes garantías procesales y poseen los mismos principios fundamentales, lo cual es una consecuencia de la falta de aproximación de las legislaciones sustantivas y procesales penales en la UE, además de poner de manifiesto de alguna forma que no está tan clara la confianza mutua y de alguna forma estimamos que favorece la aparición de un auténtico *forum shopping probatorio* en la UE, como se ha denominado esta situación por la doctrina. Ésta constituye una idea que en general subyace en la Directiva, donde el respeto de los derechos fundamentales constituye algo prioritario y como se observa en su Preámbulo (párrafo 6), la OEI aunque se basa en el principio de reconocimiento mutuo, tiene también en cuenta la “flexibilidad del sistema tradicional de asistencia judicial”, por lo que en este sentido, los avances en la consagración de este principio que constituye la piedra angular de la cooperación judicial, como se concibió en el Consejo Europeo de Tampere, estimamos que son cuestionables. Es decir, el principio de reconocimiento mutuo tal y como como se enunció en Tampere, puede ser otra cosa diferente a la configuración de este mismo principio en la Directiva, dado que no se parte del “alto grado de confianza” entre los Estados ni se implementa una auténtica obtención transnacional de la prueba fundamentada en la *lex fori*, como requeriría éste principio en su estado puro²¹.

Por tanto uno de los mayores inconvenientes que existen en la aplicación del principio de reconocimiento mutuo se encuentran en el momento de la admisibilidad probatoria, ya que además el reconocimiento y ejecución de la OEI tendrá que efectuarse conforme a la *lex loci*, siendo necesario “combinarla” con la *lex fori*, lo cual observamos que no está exento de serias dificultades tanto técnicas como prácticas. La falta de aproximación legislativa en la UE en esta materia y por tanto en la determinación de la ilicitud de la

²⁰ E. MARTÍNEZ GARCÍA, *La orden europea de investigación. Actos de investigación, ilicitud de la prueba y cooperación judicial transfronteriza*, Valencia, 2016, pp. 42-43. El nivel de exigencia para la actuación de los poderes públicos en España es elevado, del mismo modo que el formalismo que se exige a Jueces y Policía. Como Estado de emisión España va a encontrar niveles más bajos de exigencia para limitar los derechos fundamentales, y como Estado de ejecución es probable que actúe de forma más cautelosa que su requirente. Ello puede suponer que España se “convierta” en una especie de refugio para delincuentes. En materia de la *exclusionary rule* es más probable que en otros países que se impugnen en España el resultado de la OEI cuando España sea el Estado de emisión. Ello puede conllevar que con el tiempo se acabe estableciendo en España un sistema menos garantista que el actual. Todo ello se solventaría si en la UE se regulara el valor común de las pruebas obtenidas con restricción de los derechos fundamentales. Hasta entonces el valor de los derechos fundamentales y del derecho al proceso con todas las garantías, es muy diferente en función del Estado al que se solicite la colaboración.

²¹ Al respecto, Cfr. A. TINOCO PASTRANA, *La cooperación judicial transfronteriza en el proceso penal en la Unión Europea*, en *Processo Penale e Giustizia*, 2017, n. 2, pp. 347, y 358-359.

prueba, obstaculiza la libre circulación probatoria, aproximación que sería necesaria para que la OEI se convierta realmente en un instrumento eficaz. De cualquier forma la Directiva constituye un instrumento de reconocimiento mutuo pero no de aproximación legislativa, conforme al objetivo del art. 82.a) TFUE en materia de cooperación judicial penal²².

Si bien el resto del artículo 186.1 LRM coincide en lo sustancial con el artículo 1.1 DOEI, en el art. 186 se desarrollan otras cuestiones reguladas en distintos preceptos de la Directiva, que o bien reproducen o en parte matizan lo previsto en la misma, por lo que nos vamos a centrar fundamentalmente en aquellos que desarrollan, aclaran o innovan su contenido, en cuestiones como los equipos conjuntos de investigación, cuya creación y las pruebas que obtengan se excluyen del ámbito de aplicación de la OEI (art. 3 DOEI)²³. En la regulación española se precisa que si el equipo conjunto de investigación necesita que las diligencias de investigación se practiquen en otro Estado miembro que no participó en el equipo, podrá emitir una OEI a las autoridades competentes de dicho Estado (art. 186.3 LRM). Observamos esta interesante posibilidad conforme a un planteamiento integrador de los diversos instrumentos del ELSJ y además, que aunque como tal se establezca en el mencionado precepto que la OEI se emite por el equipo conjunto de investigación, conforme a la propia concepción y regulación de este instrumento, debería ser un Estado específico el que figure como Estado de emisión, dado que el hecho de que fueran varios los Estados de emisión de la misma OEI, no tendría sentido conforme a su diseño además de no ser operativo, aunque todo el equipo se beneficiaría de la misma. Estimamos que la determinación del Estado que participa en el equipo y que figuraría como Estado de emisión, el cual como es lógico tiene que estar vinculado por la Directiva (pueden formar parte del equipo Estados que no pertenecen a la UE), dependería de diversos factores, técnicos tales como la compatibilidad de la *lex fori* de un Estado en concreto con la *lex loci* del Estado de ejecución, además de otros de índole práctica. Por otro lado nos surgen dudas sobre si las pruebas obtenidas tendrían validez en todos los Estados que participaran en el equipo conjunto de investigación o sólo en algunos de ellos, dada la relevancia del binomio *lex fori* y *lex loci* y del *forum shopping probatorio* antes aludido. Será la aplicación efectiva de esta interesante posibilidad la que nos sirva para aclarar estos extremos, si bien no hay que olvidar el reducido éxito y la escasa utilización efectiva de los equipos conjuntos de investigación, creados por la Decisión Marco 2002/465/JAI y la tardanza de algunos Estados al incorporar esta Decisión Marco a sus ordenamientos, lo cual puede conllevar que se tarde

²² Sobre la admisibilidad probatoria y la falta de aproximación legislativa, véase M. JIMENO BULNES, *El sistema de cooperación judicial penal en materia penal*, cit., pp. 158, 196-198.

²³ Véase C. RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, *Obtención y Admisibilidad en España de la Prueba Penal Transfronteriza. De las comisiones rogatorias a la orden europea de investigación*, Cizur Menor, 2016, pp. 311-313, donde trata detenidamente esta cuestión y analiza el debate que surgió sobre posibilidad de se utilice la OEI en el ámbito de actuación de los equipos conjuntos de investigación. Observa que habría que haberse diferenciado entre la constitución el equipo, que permite la incorporación de terceros Estados que no pertenecen a la UE y, la obtención de la prueba una vez que se constituya dicho equipo.

mucho en emitir una OEI en el marco de un equipo conjunto de investigación y en consecuencia, tener experiencia práctica contrastable en esta materia.

Otra cuestión a destacar consiste en la exclusión del ámbito de aplicación de la OEI del régimen de transmisión de los antecedentes penales, el cual se regirá por su normativa específica (art. 186.4 LRM). También la definición de “entidad financiera”, la cual se efectúa desde el principio (art. 186.5,a) LRM) y no en las disposiciones específicas sobre la OEI para obtener información sobre cuentas u operaciones financieras. Según el legislador español, “entidad financiera” es aquella que responda a la definición establecida por la legislación de prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. Ello refleja la importancia de la OEI para la lucha contra el terrorismo, del mismo modo que su interrelación con el decomiso de activos financieros, tal y como se refleja en el párrafo 34 del Preámbulo, materia sobre la que volveremos cuando tratemos la OEI para la adopción de medidas cautelares, del mismo modo que la relevancia de la financiación ilícita en la lucha contra el terrorismo, como hemos señalado. También se introducen aclaraciones en el art. 186.5,b) LRM, respecto a qué se considera como “dato” de la cuenta o el depósito bancario o financiero²⁴, estimamos que con la finalidad de facilitar el acceso a dichos datos, habiéndose efectuado por el legislador español una interpretación extensiva que refleja lo previsto en el Preámbulo DOEI (párrafo 29).

Las autoridades españolas de emisión de la OEI son el Juez o Tribunal que conozca del proceso penal, en función de si se trata de una medida de investigación o una prueba es decir, dependiendo de si se emite en el contexto de la instrucción o de la fase de enjuiciamiento. También son autoridades de emisión los Fiscales en aquellos procedimientos que dirijan, siempre que la medida de investigación no sea restrictiva de los derechos fundamentales (art. 187.1 DOEI). La autoridad de recepción es el Ministerio Fiscal, el cual tras registrar la OEI y acusar recibo, la reconocerá y ejecutará o bien la remitirá al Juez competente, conforme a las reglas que veremos a continuación (art 187.2 LRM). Si bien es cierto que la recepción por el Ministerio Fiscal tiene el aspecto positivo de ser muy útil a efectos estadísticos y de documentación, no hay que olvidar que la actuación de este órgano se rige por los principios de jerarquía y unidad, además de que está en la órbita del Ministerio de Justicia y por tanto del Poder Ejecutivo, como fue expuesto *ut supra*. No obstante, también tienen competencia en determinados supuestos los órganos jurisdiccionales para el reconocimiento y ejecución, como vamos a exponer. Con independencia de quien reconozca y ejecute la OEI, la Fiscalía siempre emitirá un informe que acompañará a la OEI donde se pronunciará sobre si existe o no causa de denegación de la ejecución y respecto a si la adopción de la medida o medidas de investigación solicitadas se consideran ajustadas a Derecho.

Por tanto las atribuciones del Ministerio Fiscal en este ámbito son significativas. Conforme al art. 187.2 LRM además de la recepción y acuse de recibo, siempre será la

²⁴ Se considerará como dato al menos el nombre y el domicilio del titular, los pormenores de los poderes de representación y las facultades de disposición, datos relativos a la titularidad real y todos los detalles y documentos que suministrara el titular de la cuenta.

autoridad competente para el reconocimiento y ejecución si la OEI no contiene medidas limitativas de derechos fundamentales, por tanto aunque no se trate de procedimientos dirigidos por el Ministerio Fiscal, lo cual sí se especifica en la emisión. En caso contrario es decir, si fuera limitativa de derechos fundamentales se remitirá al órgano jurisdiccional competente para su reconocimiento y ejecución, si no puede ser sustituida por otra que no restrinja estos derechos. Observamos que podemos estar ante un nuevo supuesto de sustitución de la medida solicitada en la OEI, supuesto que podría permitir que el Ministerio Fiscal retenga dicha competencia de reconocimiento y ejecución, si bien esta posibilidad entendemos que deberá hacerse en el marco de lo previsto en el art. 10.3 DOEI y el correlativo art. 206.2 LRM respecto al recurso a medidas de investigación distintas con la finalidad de conseguir el mismo resultado de forma menos invasiva o restrictiva. Así se evitaría desnaturalizar la finalidad de la OEI y también se impediría que la posibilidad antes apuntada constituya una forma de predominio de la competencia del Ministerio Fiscal. Por otro lado, también se remitirá por el Ministerio Fiscal la OEI al órgano jurisdiccional para que la reconozca y ejecute, si así se indica expresamente por la autoridad de emisión.

Respecto a los órganos jurisdiccionales competentes para el reconocimiento y la ejecución, si bien en el art. 187.2,b) LRM del mismo modo que en los apartados 2 a 5 del art. 187.3 LRM se incorporan referencias tanto los Jueces como los Tribunales, sin embargo a los efectos de la determinación del órgano jurisdiccional específico, el art. 187.3,1 LRM sólo concreta los Jueces competentes es decir, obvia los órganos colegiados. Ello puede deberse a un olvido del legislador, lo cual provoca inseguridad jurídica al no determinarse cuáles serían los Tribunales competentes, a diferencia de cuando se efectúa la determinación de las autoridades de emisión donde sí está claro, o bien puede ser consecuencia de que tendría que haberse aclarado desde el principio que sólo los Jueces pueden reconocer y ejecutar y que los Tribunales están restringidos a la emisión, por lo que en conclusión, la LRM no es clara al respecto. Conforme al mencionado art. 187.3,1, la competencia la tendrán los Jueces de Instrucción o de Menores del lugar donde se vaya a practicar la diligencia de investigación, o bien de forma subsidiaria, del lugar donde exista otra conexión territorial con el delito, investigado o víctima. Si no existiera ningún fuero o punto de conexión territorial, la competencia será de los Jueces Centrales de Instrucción. Éstos también tendrán la competencia, si la OEI versa sobre un delito de terrorismo o aquellos del artículo 65 LOPJ y cuando España sea el Estado notificado en la intervención de las telecomunicaciones sin que sea necesaria su asistencia técnica. Finalmente los Jueces Centrales de lo Penal o Central de Menores, tendrán la competencia para el reconocimiento y ejecución cuando se trate de una OEI para el traslado temporal de personas privadas de libertad en España.

Las importantes atribuciones del Ministerio Fiscal en esta materia, también las encontramos en que podrá practicar las diligencias necesarias para determinar qué Juez es el competente para el reconocimiento o ejecución de la OEI. En el supuesto de que la OEI se emitiera para la práctica de varias diligencias de investigación en distintos lugares, la tendrá el Juez o Tribunal al que remita el Fiscal la OEI. Además el Juez tendrá que

notificar al Ministerio Fiscal el reconocimiento, ejecución y la remisión de las medidas de investigación a la autoridad de emisión.

4. Emisión y transmisión de la orden europea de investigación

A continuación vamos a ver la regulación de la emisión y transmisión de la OEI por las autoridades españolas en la norma de transposición. Del mismo modo que en los anteriores apartados, iremos destacando aquellos extremos que desarrollan o difieren de lo regulado con carácter general en la Directiva.

En la regulación del contenido de la OEI (art. 188 LRM), se contempla parte de lo previsto en los artículos 5, 8, 9 y 16 DOEI, por lo que se trata de una regulación más completa y clarificadora, donde se destacan aspectos fundamentales como los formalidades, procedimientos y garantías que tienen que respetarse por el Estado de ejecución, lo cual ostenta una gran importancia para la utilización de la medida de investigación o prueba conforme a la *lex fori*. Además se introduce en este momento todo lo referente a la posibilidad de emisión de una OEI complementaria. También observamos que sólo se hace referencia a los datos de la autoridad de emisión, obviándose a la autoridad validadora ya que no está prevista en España²⁵, lo cual es potestativo en la Directiva.

Es interesante que en los requisitos para la emisión de la OEI, en el art. 189 LRM se contemple la posibilidad de que se pueda emitir tanto de oficio como a instancia de parte²⁶. En este sentido conforme a las particularidades del sistema de enjuiciamiento criminal español respecto al de otros Estados de nuestro entorno, destacamos que puede ser tanto a instancia de la defensa²⁷ como de otra parte acusadora distinta al Fiscal, dado que en España éste carece del monopolio en el ejercicio de la acción penal por lo que también pueden ejercitar la acción penal la acusación particular y la acusación popular. Un aspecto cuestionable de la regulación del contenido del artículo 189, es que cuando trata los requisitos de la OEI sólo hace referencia a los derechos del investigado y encausado cuando establece que tienen que respetarse los principios de necesidad y proporcionalidad. Entendemos que la omisión de la referencia al acusado constituye probablemente un olvido del legislador, ya que como vimos anteriormente también puede

²⁵ C. ARANGÜENA FANEGO, *Orden Europea de Investigación: próxima implementación en España del nuevo instrumento de obtención de prueba penal transfronteriza*, cit., p. 920, destaca que tanto Jueces como Fiscales constituyen autoridades judiciales “en el sentido” de la Directiva, por lo que la validación no es necesaria dado que ello está previsto para las órdenes que emitan autoridades no judiciales es decir, policiales o administrativas.

²⁶ E. MARTÍNEZ GARCÍA, *La orden europea de investigación. Actos de investigación, ilicitud de la prueba y cooperación judicial transfronteriza*, cit., p. 53, observa que este derecho constituyó una de las cuestiones por los que fue “duramente” criticada la DOEI durante su tramitación, si bien su reconocimiento es razonable, dado que la OEI debe servir para solicitar prueba de cargo y de descargo.

²⁷ M. JIMENO BULNES, *La orden europea de investigación*, cit., p. 176, considera que si bien ello está previsto para los Estados con un modelo adversativo, incluso en éstos esta posibilidad no está exenta de críticas.

emitirse la OEI si el procedimiento se encuentra en la fase de enjuiciamiento, por lo que estaríamos ante una cuestión que debería resolverse.

Por otro lado en la regulación de la emisión, se incorporan extremos que están contemplados en la Directiva en el Capítulo dedicado al reconocimiento y ejecución. Así sucede en la solicitud de información a la autoridad de ejecución (art. 190 LRM), donde se incorporan aspectos regulados en el artículo 16 DOEI, además de una referencia genérica a que la autoridad española de emisión podrá consultar a la del Estado de ejecución para facilitar la ejecución de la OEI. Lo mismo sucede con la solicitud por la autoridad española de que una o varias autoridades o agentes españoles participen en la ejecución de la OEI y el traslado de pruebas directamente a dichas autoridades o agentes (art. 191 LRM), que reproduce las disposiciones de los artículos 9.4 y 13.1 DOEI y, en las comunicaciones de la autoridad española a la de ejecución, cuando decida retirar, modificar o completar la OEI en los supuestos del art. 10.1 y 10.3 DOEI (art. 192 LRM). También se contempla en la regulación de la emisión la utilización en España de los datos personales obtenidos (art. 193 LRM), si bien se amplía lo previsto en el art. 20 DOEI incorporándose importantes cautelas, volviéndose además sobre esta cuestión en la nueva Disposición adicional quinta que se introduce en la LRM para todos los instrumentos de reconocimiento mutuo, según la cual los datos se protegerán conforme a la normativa europea y española de protección de datos de carácter personal²⁸, lo cual está en consonancia con el párrafo 40 del Preámbulo de la Directiva del mismo modo que con el actual marco normativo de la UE. Finalmente en este Capítulo se regula la confidencialidad en la emisión de la OEI (art. 194 LRM), si bien con un tenor más exiguo que el correlativo art. 19 DOEI.

En cuanto a la OEI con medidas específicas de investigación, observamos que la LRM no habla de “disposiciones específicas para determinadas medidas de investigación”, a diferencia de la Directiva, sino de medidas específicas de investigación, cambiándose por tanto la nomenclatura y el matiz. En esta Sección se regula la emisión para el traslado temporal a España de personas privadas de libertad en el Estado de ejecución, reproduciéndose en el artículo 195 LRM el contenido fundamental del artículo 22 DOEI, si bien se introduce una importante aclaración, ya que se restringe a la OEI con fines de investigación, al especificarse que si tuviera como finalidad el enjuiciamiento, tendrá que

²⁸ Como observa A. GUTIÉRREZ ZARZA, *La protección de las personas físicas en lo que respecta a su derecho a la intimidad y los datos personales por las autoridades de emisión y ejecución de las Órdenes Europeas de Investigación*, en C. ARANGÜENA FANEGO, M. DE HOYOS SANCHO (dir.) y B. VIDAL FERNÁNDEZ (coord.), *Garantías procesales de investigados y acusados. Situación actual en el ámbito de la Unión Europea*, Valencia, 2018, p. 423, el legislador español ha tenido en cuenta que la Directiva (UE) 2016/680, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que se refiere al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales y a la libre circulación de dichos datos, no sólo se aplica en el tratamiento de los datos personales en el ámbito de la OEI, sino también respecto a cualquier otro instrumento de la UE sobre cooperación judicial y policial penal, por ello en lugar de implementarse el art. 20 DOEI en el Título X de la LRM, se ha introducido la mencionada Disposición adicional quinta. Considera además acertadamente, que las autoridades de emisión y ejecución tendrían más en cuenta la referida normativa de protección de datos, si se hubiera ubicado este precepto en el Título Preliminar LRM, por ejemplo en un nuevo art. 3 bis o en el art. 4.4.

optarse por una OEDE. Del mismo modo cuando se trasladen al Estado de ejecución personas privadas de libertad en España, en el artículo 196 se contiene lo previsto en el art. 23 DOEI, si bien de forma muy exigua²⁹.

En cuanto a la OEI para la comparecencia por videoconferencia u otros medios de transmisión audiovisual, observamos que sólo se regula en el art. 197 LRM para el investigado o encausado, obviándose toda referencia al acusado, a diferencia del artículo 24.1 DOEI. Creemos que esta omisión quizá es consecuencia de que como regla general, los procesos en ausencia en España no son posibles, por lo que el acusado siempre tendría que estar presente salvo la excepción apuntada *ut supra*, por ello el que no se contemple la posibilidad de oír a un acusado a través de una OEI, constituye una particularidad española. No se efectúa mención alguna a la comparecencia por conferencia telefónica para los testigos y peritos en esta sede sino en la nueva Disposición adicional sexta, prevista por sí en un futuro en la legislación procesal penal española se incorporara esta posibilidad. No obstante estamos ante una modalidad de comparecencia anquilosada, ya que la videoconferencia o medios de transmisión audiovisual favorecen una comparecencia con más garantías e intermediación que la comparecencia telefónica, por lo cual la Directiva prevé esta modalidad de forma residual³⁰ es decir, cuando no estén disponibles otros medios más adecuados y además sólo para los testigos y peritos (art. 25 DOEI).

La regulación de la emisión de la OEI para obtener información sobre cuentas bancarias y financieras, del mismo modo que la información sobre operaciones bancarias y financieras (art. 198 y 199 LRM), reproduce fundamentalmente lo previsto en los arts. 26 y 27 DOEI, si bien además de los datos de las cuentas se incorpora la precisión de los datos de los “depósitos”. Otra modalidad es la emisión de la OEI para la obtención de pruebas en tiempo real, de manera continua y durante un determinado período de tiempo, supuesto en el que observamos una enorme parquedad en la regulación española (art. 200 LRM), que respecto al correlativo art. 28 DOEI obvia los ejemplos que éste incorpora, no efectúa referencia alguna al acuerdo sobre las disposiciones prácticas con el Estado de ejecución y se limita fundamentalmente a establecer que la autoridad competente española indicará las razones por las que considera que la información que se solicita es pertinente para el proceso penal concreto. También es muy exigua la regulación de la emisión de la OEI para las investigaciones encubiertas (art. 201 LRM), siendo más detallada la del reconocimiento y ejecución. Aunque dentro de la emisión se hace referencia a la indicación de las razones por las que es pertinente esta diligencia, se obvia la alusión al acuerdo entre las autoridades de emisión y ejecución (art. 29.4 *in fine* DOEI), de las condiciones concretas y régimen jurídico de los agentes conforme a la *lex fori* y la *lex loci*, lo cual estimamos que hubiera sido recomendable en esta sede.

²⁹ Recordemos en cuanto a dichos traslados cuando España es el Estado de ejecución, que siempre abonará los gastos, conforme al art. 14.4 LRM, tal y como fue expuesto anteriormente.

³⁰ Tal y como hemos destacado en anterior trabajo, *Cfr.* A. TINOCO PASTRANA, *Las medidas de investigación tecnológica en la Orden Europea de Investigación*, en A. GUTIÉRREZ ZARZA (coord.), *Los avances del espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la UE en 2017, II Anuario RedPE*, Madrid, 2018, p. 2.

Un lugar especial ostenta la intervención de las telecomunicaciones, medida de investigación de una especial relevancia en la OEI dada su virtualidad para la lucha contra importantes formas de criminalidad, destacada especialmente en el informe que en 2019 la Comisión tendrá que elevar al Parlamento y al Consejo sobre la aplicación de la Directiva, que además está profusamente regulada en la LECRIM con una regulación vanguardista, como expusimos *ut supra*, por lo que estimamos que esta medida puede constituir una de las medidas de investigación “estrella” en la OEI. Se sigue el orden de la Directiva que trata en primer lugar la intervención con asistencia técnica del otro Estado y a continuación la intervención sin dicha asistencia. En el primer supuesto, dado que se trata de una medida de investigación invasiva o restrictiva de los derechos fundamentales, será necesaria la emisión de un auto por el órgano jurisdiccional, lo cual se especifica desde el principio en el art. 202 LRM, del mismo modo que también puede abarcar la obtención de datos de tráfico y localización (art. 30.1 y 30.8 OEI). En cuanto a la posibilidad de que la asistencia técnica pueda ser prestada por más de un Estado, se enviará la OEI sólo a uno, a aquél donde se encuentre o vaya encontrarse el investigado o encausado. Por tanto se matiza lo previsto en el art. 30.2 DOEI que habla de “persona objeto de los procedimientos penales”, ya que se restringe esta diligencia de investigación a la fase de instrucción, además tenemos que aclarar que si en la fase de enjuiciamiento es necesario practicar alguna diligencia de investigación habrá que deducir testimonio al Juez instructor para que lo haga y por tanto, aunque el sujeto pasivo ya tenga el estatus procesal de acusado. El contenido del auto tiene que incorporarse a la OEI justificando las razones por las que es necesaria la intervención, la información precisa para la identificación de la persona afectada, su duración y datos técnicos necesarios para la ejecución de la solicitud (art. 202.4 LRM). También podrá solicitarse la transcripción, descodificación o descriptado del registro, bien desde el principio o durante la ejecución de la intervención³¹, aunque ello deberá acordarse con la autoridad de ejecución (art. 202.5 y 30.7 DOEI).

Por tanto, todo ello debe llevarse a cabo conforme a los principios de proporcionalidad, especialidad, idoneidad, excepcionalidad y necesidad de la medida, conforme al nuevo art. 588 bis a LECRIM tras la reforma efectuada por la LO 13/2015. Como sabemos la OEI se materializa en un formulario, un título judicial unificado, sin remisión de la resolución, el auto. Deberán tenerse en cuenta los mencionados principios generales comunes a las diligencias de investigación tecnológica de la regulación española, entre las que está la intervención de las telecomunicaciones, dada la necesidad del respeto de la *lex fori* para que como hemos visto, la medida de investigación pueda ser admitida como prueba en España, además de los requisitos específicos para la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas (arts. 588 ter a-588 ter m LECRIM)³², todo lo

³¹ Recordemos que si se realizan estas actividades adicionales los gastos de ello corresponden al Estado español (art. 14.4,b) LRM), como fue expuesto anteriormente.

³² Como destaca A. GUTIÉRREZ ZARZA, *La protección de las personas físicas en lo que respecta a su derecho a la intimidad y los datos personales por las autoridades de emisión y ejecución de las Órdenes Europeas de Investigación*, cit., pp. 425 y 426, las implicaciones de la protección de datos en la OEI son más amplias de lo que se establece en el art. 20 DOEI. Por un lado, respecto a las medidas de investigación