

ACTA ÚNICA

REVISTA AJFV

DERECHO UNIÓN EUROPEA

DICIEMBRE 2017. N° 3



LA ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACION

LUIS MIGUEL JIMENEZ CRESPO,

Magistrado

Juzgado de Instrucción número 4 de Torremolinos

RESUMEN

La Orden Europea de Investigación (OEI) está regulada en la Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo de y del Consejo de 3 de abril de 2014 y en la actualidad es objeto de un Anteproyecto de Ley (AAP en adelante) que está en fase de trámite habiendo ya informado sobre el mismo tanto el C. G.P.J como la F.G.E . Con dicho Anteproyecto se va a introducir dicha Directiva a nuestro ordenamiento jurídico habiendo transcurrido ya el plazo señalado para ello por la misma. En el presente artículo se va a hacer un breve estudio de este instrumento de cooperación judicial penal en el ámbito de la UE partiendo de su concepto y origen , para luego exponer su objeto , tratamiento procesal, para terminar abordando los importantes problemas de derecho transitorio existentes en la actualidad. Se tomarán como referencias la Directiva (en adelante DIR OEI), el texto del Anteproyecto y los informes del CGPJ y la FGE. No se pretende hacer un estudio exhaustivo del articulado y de todos y cada uno de los problemas que se plantean , sino dar una visión general sobre este novedoso instrumento de reconocimiento mutuo que viene a completar el elenco de los regulados en la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. (LRM en adelante).

1- ¿CUÁL ES EL ORIGEN DE LA OEI?

Antes de comenzar es interesante poner de relieve cuál es el origen de la OEI, puesto que ello puede ser de ayuda para conocer la finalidad que ha perseguido el legislador comunitario, su objetivo y cómo puede encontrarse la mejor solución a los problemas que surgen en la aplicación de la normativa que regula este instrumento.

La UE se marcó como objetivo la construcción de un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ) para cuya consecución era necesario pasar de un sistema de cooperación judicial internacional basado en lo que el CGPJ denomina “derecho convencional rogatorio”, a uno cuyo pilar fuera el principio de reconocimiento mutuo. Este principio se recogió por vez primera en el Consejo Europeo de Tampere de 1999 como la piedra angular sobre la que construir la cooperación judicial en el ámbito de la EU, haciéndose eco de lo que se propuso sobre el particular en el Plan de Acción del Consejo y la Comisión de 3 de diciembre de 1998 y por el Consejo Europeo de Cardiff celebrado en junio de 1999.

A partir de los programas de medidas para poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo en materia penal de 2001 y el Programa de La Haya , se adoptaron una serie de Decisiones Marco y Directivas ()¹ que regularon los distintos instrumentos de reconocimiento mutuo , y finalmente dicho principio se consagró en el art. 82 del Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007 que modifica el TUE, que pasa a ser el TFUE , cuyo Título V se dedica al ELSJ. El art. 82 de dicho tratado establece que se adoptarán normas y procedimientos para llevar a efecto el principio de reconocimiento mutuo pero también la aproximación de las legislaciones de los estados miembros. De la exigencia de este precepto nace 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 el Programa de Estocolmo aprobado en el Consejo Europeo celebrado en Bruselas el 10 y 11 de diciembre de 2009, en el se destacó la necesidad de contar con un instrumento normativo que comprendiese todos los mecanismos y procedimientos de obtención de prueba en el proceso penal con elementos transfronterizos, ello dado el fracaso, por su limitado ámbito, del*

¹ (*) Decisión Marco 2002/584/JAI de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados.

Decisión Marco 2003/577/JAI , de 22 de julio de 2003 , relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas

Decisión Marco 2005/214/JAI de 24 de febrero de 2005 , relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias

Decisión Marco 2006/783/JAI, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso

Decisión Marco 2008/909/JAI , 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

Decisión Marco 2008/947/JAI , de 27 de noviembre de 2008 , relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada y penas sustitutivas

Decisión Marco 2008/978/JAI, de 18 de diciembre de 2008, relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas

Decisión Marco 2009/299/JAI , de 26 de febrero de 2009, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado

Decisión Marco 2009/829/JAI , de 23 de octubre de 2009, relativa a la aplicación entre Estados Miembros de la UE, del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional.

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

Todas ellas transpuestas a nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley 23/2014, de 20 de noviembre de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE.

denominado *exhorto europeo de obtención de pruebas que había sido objeto de la DM 2008/978/JAI de 18 de diciembre y que fue derogado por el Reglamento (UE) 2016/95 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de enero de 2016 por el que se derogan determinados actos en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal (DOUE de 2 de febrero de 2016).*

Estos son los antecedentes de la Propuesta de Directiva del año 2010 que culminó, tras las oportunas enmiendas, en la Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014 (publicada el DOUE el 1 de mayo de 2014) sobre la Orden Europea de Investigación en materia penal.

2.- CONCEPTO Y NATURALEZA

La OEI se puede definir como una resolución emitida por la autoridad competente de un Estado miembro con la finalidad de practicar diligencias de investigación y/u obtener pruebas ya practicadas en otro estado miembro de la UE. El art. 186.1 y 2 de la LRM en la redacción que le da el AAP la define del siguiente modo: “1. La orden europea de investigación es una resolución penal emitida o validada por la autoridad competente de un Estado miembro de la Unión Europea, dictada con vistas a la realización de una o varias medidas de investigación en otro Estado miembro, cuyo objetivo es la obtención de pruebas para su uso en un proceso penal. También se podrá emitir una orden europea de investigación con vistas a la remisión de pruebas o de diligencias de investigación que ya obren en poder de las autoridades competentes del Estado miembro de ejecución. La orden europea de investigación podrá referirse a procedimientos incoados por las autoridades competentes de otros Estados miembros de la Unión Europea por la comisión de hechos tipificados como infracciones administrativas en su ordenamiento cuando la decisión pueda dar lugar a un proceso ante un órgano jurisdiccional en el orden penal. “. Esta definición coincide con la del art. 1 de la DIR OEI y solamente cabe destacar que las OEI que se reciban en España pueden ser debidas a infracciones administrativas, en cuyo caso se requiere el requisito de la validación por autoridad judicial. Ello no ocurrirá en España dado que no existen procedimientos como los que mencionan en el art 4 letras b y c de la DIR OEI.

El AAP ha optado por introducir toda la regulación de la OEI en el Título X de la Ley de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, en lugar del malogrado exhorto europeo de obtención de pruebas, siendo esta decisión alabada tanto por el CGPJ como por la FGE en los informes emitidos sobre el Anteproyecto. Señala el Consejo que “esta fórmula es la más conveniente desde el punto de vista de la técnica legislativa y ello

porque la LRM constituye el marco normativo llamado a ser el crisol donde se incorpore y recoja la hasta entonces dispersa reglamentación en materia de reconocimiento de resoluciones en materia penal”. Se aprovecha además este modo la regulación del régimen general que se contiene en el Título preliminar y el Título I de la LRM. La configuración de la OEI como un instrumento más de reconocimiento mutuo supone un paso más en el camino de conseguir una más eficaz cooperación judicial internacional puesto que estos instrumentos parten de un paradigma muy diferente del que constituye el fundamento de los Convenios a los que la OEI sustituye, dicho principio puede ser enunciado del siguiente modo : “las resoluciones penales dictadas por una autoridad judicial de un Estado Miembro deben ser reconocidas y ejecutadas en otro Estado miembro de manera casi-automática, de modo que sólo por motivos tasados puede denegarse su reconocimiento y ejecución”.

3.- ¿QUÉ DILIGENCIAS PUEDEN SER OBJETO DE UNA O.E.I.?

La DIR OEI y también el anteproyecto regulan expresamente las siguientes diligencias de investigación cuya práctica puede ser objeto de petición a través de una OEI:

- Traslado temporal de detenidos al Estado de emisión o al estado de ejecución con el fin de llevar a cabo una medida de investigación.

- Comparecencia por videoconferencia u otros medio de transmisión audiovisual.

- Comparecencia por conferencia telefónica (solo para testigos y peritos).

- Información sobre cuentas bancarias y otro tipo de cuentas financieras.

- Información sobre operaciones bancarias y otro tipo de operaciones financieras.

- Medidas de investigación que impliquen la obtención de pruebas en tiempo real, de manera continua y durante un determinado período de tiempo (Ej. El seguimiento de operaciones bancarias u otras operaciones financieras efectuadas a través de una o más cuentas especificadas; entrega vigilada en el territorio del Estado de ejecución).

- Investigaciones encubiertas e intervención de las comunicaciones (arts 22 a 31 de la DIR OEI y arts 194 a 204 para las OEI que se emitan desde España y arts 214 a 223 para las que se reciban de otros Estados, del AAP).

¿Pueden solicitarse la práctica de otras aparte de las específicamente referidas?

A través de la OEI se pueden solicitar la práctica no solo de aquellas diligencias que, como las enumeradas, tiene un régimen y una previsión específica, sino la de cualesquiera otras diligencias de investigación y/u obtención de pruebas que puedan acordarse en el curso de una procedimiento penal en cualquier fase del mismo. Así se desprende del art. 3 de la DIR OEI , recogido de igual modo en el AAP en la nueva redacción del art. 186.3 LRM, debiendo añadirse que comprende también todas las fases del procedimiento penal. Esta precisión (Considerando 25 de la DIR OEI) no se ha trasladado de forma expresa en el anteproyecto aunque puede inferirse de la mención a la posibilidad de acordar la emisión de una OEI en la fase de enjuiciamiento que hace el art. 187. 1 AAP . No se comprende muy bien que se haya dejado sin regulación específica importantes diligencias de investigación y de obtención de pruebas como las entradas y registros y las nuevas medidas de investigación tecnológica contenidas en los arts. 588 bis a octies de la LEcrim, así como el agente encubierto informático del art. 282 bis 6 de la LEcrim. Si bien estas medidas podrán ser objeto de una OEI a la vista de la disposición general citada, hubiera sido deseable una regulación específica sobre las mismas debido a su complejidad, especificidad y problemas que pueden plantear su ejecución. Quedan sin embargo fuera del ámbito de la OEI las siguientes:

- Los equipos conjuntos de investigación y la obtención de pruebas en dichos equipos. No obstante lo anterior, cuando un equipo conjunto de investigación necesite que las diligencias de investigación se practiquen en el territorio de un Estado miembro que no haya participado en el equipo podrá emitirse una orden europea de investigación a las autoridades competentes de dicho Estado. (nueva redacción del art. 186.3 LRM en el AAP y art. 3 DIR OEI). Los equipos conjuntos seguirán siendo regulados por el art. 13 del Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal en la UE, DM. 2002/465/JAI del Consejo y en España por la Ley 11/2003, de 21 de mayo, reguladora de los equipos conjuntos de investigación penal en el ámbito de la Unión Europea y su ley complementaria L.O. 3/2003, de 21 de mayo.*
- La vigilancia transfronteriza. La razón de esta exclusión (señala el CGPJ en su informe) radica en que este tipo de vigilancia se considera incluida en la cooperación policial, no judicial, que es ajena al marco objetivo de la OEI. No obstante no siempre tiene este carácter, pues puede consistir o comportar la utilización de*

dispositivos técnicos de seguimiento y localización “balizas” que requieren autorización judicial (art. 588 bis y quinquies Lecrim.), concluyendo el Consejo que la OEI puede comprender estas últimas medidas en tanto que adoptadas con intervención judicial.

- *Los antecedentes penales. Para recabar los antecedentes penales de un ciudadano de la UE habrá de seguirse lo dispuesto en la LO 7/2014 de 12 de noviembre ²llevándose ello a cabo mediante una petición informática a través del SIRAG al Registro Central de Penados y Rebeldes que suele contestar en el plazo de 24 horas.*

Por último, debe ponerse de manifiesto que también pueden ser objeto de una OEI medidas cautelares pero solo las destinadas a “...a impedir de forma cautelar la destrucción, transformación, desplazamiento, transferencia o enajenación de un objeto que pudiera emplearse como prueba.” (art 32.1 DIR OEI y arts. 203 y 223 LRM en la redacción que les da el Anteproyecto). Esta mención plantea el problema de la distinción entre la OEI y otro de los instrumentos de reconocimiento mutuo regulados en nuestra LRM 23/2014, como el embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas. (Título VII , arts 143 a 156 LRM). A propósito de ello en el AAP se propone una nueva redacción del art. 143.4 LRM con la siguiente dicción: “La resolución de aseguramiento de pruebas regulada en este título únicamente podrá ser emitida o reconocida y ejecutada en España cuando se dirija o provenga, respectivamente, de Estados miembros de la Unión Europea que no estuvieran vinculados por la orden europea de investigación regulada en el título X.”

Los informes de la FGE y del CGPJ señalan que a partir de la entrada en vigor de la OEI, el objeto del instrumento del embargo quedará limitado a las medidas cautelares de embargo de bienes dirigidas a su posterior decomiso. Sin embargo, habida cuenta de que tanto Dinamarca como Irlanda quedan fuera de la OEI, pero sí son parte de la Decisión Marco 2003/577/JAI para el reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo y aseguramiento de pruebas, el ámbito del Título VII de la LRM sigue en vigor para el aseguramiento de pruebas que pueda solicitarse o pueda ser solicitado por alguno de estos dos países.

² Esta ley sobre el intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea transpone a nuestro ordenamiento jurídico la Decisión Marco 2008/315/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009 relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales en los Estados miembros.

Además de ello, deberá utilizarse el instrumento del embargo cuando lo que se pretenda sean medidas encaminadas a asegurar la responsabilidad civil. El problema nace del distinto significado que el término embargo tiene en los distintos ordenamientos jurídicos, así como la extensión que se da al mismo en la propia LRM al definir este instrumento en el art. 143.1. En la práctica se pueden plantear dudas sobre el instrumento a utilizar cuando se pueda pretender una finalidad diversa: la intervención de efectos provenientes del delito que, a su vez, puedan tener naturaleza de prueba. En estos casos mixtos creo que debería optarse por la OEI (en el caso de la emisión) al tratarse de un instrumento más amplio y general que puede abarcar ambas finalidades o pretensiones de la medida que se acuerde, cosa que no podría hacerse con el embargo del TIT VII que ya no puede tener como objeto el aseguramiento de una prueba.

4.- TRATAMIENTO PROCESAL. Especial mención a la validez de la prueba obtenida en otros Estados de la UE.

Lo primero que se ha de decir sobre esta cuestión es que tanto el AAP como la propia LRM no abordan el tratamiento procesal de la OEI, es decir, la “inserción” procesal no solo de la OEI sino del resto de instrumentos de reconocimiento mutuo en el procedimiento penal español. Los importantes problemas procesales que se plantean, que pueden llegar a tener consecuencias dramáticas en el devenir del procedimiento, darían para mucho y no van a ser abordadas “in extenso” en este artículo, en el que además de exponer esquemáticamente el “iter” de una OEI nos vamos a detener en alguna de las cuestiones quizá más relevantes.

La decisión de emitir una OEI deberá tener la forma de Auto (o Decreto si la dicta el Ministerio Fiscal) y el contenido mínimo que señalan los arts. 5 DIR OEI y 188.1 del AAP. Deberá cumplimentarse en el certificado anexo al AAP que es lo que deberá traducirse al idioma oficial o aceptado por el Estado miembro donde vaya dirigida, y enviarse por cualquiera de los medios de transmisión del art. 7 DIR OEI y 8 de la LRM.³ La tardanza en la traducción por la no existencia de un “idioma

³ A propósito del régimen lingüístico el art. 5.2 de la DIR OEI obliga a los Estados miembros a indicar otra lengua oficial de las instituciones de la UE (además de la propia/s) a utilizar, pero España no ha cumplido con esta obligación como si lo han hecho otros Estados: Bélgica ha señalado el francés, holandés, alemán e inglés; Estonia y Lituania el inglés; Finlandia el sueco y el inglés. Lo deseable, en orden a dotar de mayor eficacia a la cooperación judicial internacional en la UE sería llegar a aceptar un “idioma judicial europeo” de forma que se obviase uno de los principales obstáculos que impiden hoy en día que la cooperación pueda ser todo lo ágil que sería deseable.

judicial europeo” y las dificultades que nos podemos encontrar en la trasmisión (cuando por ejemplo, no se acepte la remisión por correo electrónico) son dos de los principales escollos no resueltos en el ámbito de la cooperación judicial penal. La emisión de la OEI puede ser solicitada por la parte “sospechosa o acusada” dice el art. 1.3 DIR OEI. Sin embargo el art 189.1 AAP no distingue y habla de “instancia de parte” luego se incluyen a todas partes. Sobre este particular el informe del CGPJ señala que sería conveniente que se regulase un trámite de audiencia a las partes en aquellos casos en que la diligencias no estén declaradas secretas. Aún cuando no esté expresamente previsto en la ley, cuando en un procedimiento penal que se tramita en España se necesite emitir una OEI es conveniente abrir dicho trámite para oír lo que tengan que alegar las partes sobre el particular y ello para una adecuada salvaguarda de los derechos de defensa y tutela judicial efectiva.

Son autoridades competentes para la emisión las autoridades judiciales en España y el Ministerio Fiscal en los casos en los que resulte competente. Para el caso de las OEI que se reciban en España, la competencia para su recepción, reconocimiento y ejecución corresponde al Ministerio Fiscal (art . 187.2 AAP), salvo que se trate de medidas limitativas de derechos fundamentales o que la autoridad de emisión haya indicado expresamente que la medida debe ser ejecutada por una autoridad judicial. En estos últimos supuestos habrá de darse traslado previo al Ministerio Fiscal para que emita informe. Esta decisión de establecer al Ministerio Fiscal como autoridad competente para recibir las OEI en España ha sido alabada por el informe de la FGE, y objeto de crítica en el informe del CGPJ que plantea una serie de objeciones exponiendo que atribución esta de funciones al Ministerio Público no es acorde con la actual regulación procesal penal española y que por ello se pueden plantear ciertos problemas. De entre las objeciones cabe destacar las que , en nuestra opinión, son las más relevantes:

** Se faculta al Ministerio Fiscal para decidir sobre la sustitución de la medida que se pida en la OEI por otra menos injerente, lo cual puede suponer una invasión de la competencia sobre tales medidas que*

Acerca de la trasmisión, si bien no ha llegado a implementarse el proyecto de comunicación electrónica entre autoridades judiciales de la UE denominado E-CODEX, lo cierto es que existen hoy medios suficientes para que puedan enviarse de forma electrónica las OEI a la autoridad competente que puede consultarse en el atlas judicial en el web de la Red Judicial Europea, a través del Servicio de RR.II del C.G.P.J, los Magistrados de Enlace en aquellos países donde existen (Francia, Italia y Reino Unido). Cabe también acudir a EUROJUST a quien es obligatorio informar en los supuestos del art. 9.1 LRM Cuando un instrumento de reconocimiento mutuo afecte directamente, al menos, a tres Estados miembros y se hayan transmitido, al menos, a dos Estados miembros solicitudes o decisiones de cooperación judicial, deberá informarse a Eurojust en los términos que establezca su normativa.) para que pueda informar sobre la autoridad competente a la que dirigir la OEI, e incluso para que a través de la oficina del Miembro Nacional del estado que se trate se pueda informar de la dirección de correo electrónico a la que remitir el certificado y se pueda consultar previamente si se acepta esta vía de comunicación. En caso de enviarse por esta vía es conveniente utilizar el correo electrónico propio del Juzgado con firma electrónica haciendo constar el envío o recepción mediante la correspondiente diligencia de constancia en el procedimiento por parte de L.A.J

corresponde en exclusiva al órgano jurisdiccional en nuestro ordenamiento jurídico.

** Las diligencias de fiscalía no pueden ser declaradas secretas lo cual puede suponer un importante obstáculo debido a la exigencia de confidencialidad de las actuaciones tal y como la plantea el art. 19. 2 DIR OEI y el art. 213.1 del AAP.*

** De conformidad con el art. 24.4 LRM, contra el decreto del Ministerio Fiscal decidiendo sobre el reconocimiento y ejecución de la OEI no cabe recurso, lo cual puede suponer una vulneración del derecho de defensa de las partes en el proceso penal que podría dar lugar a pronunciamientos del TJUE contra la norma española dado que ello podría ser considerado eventualmente como contrario al derecho de defensa y , en consecuencia , estimarse que la ley española no respecta adecuadamente uno de los derechos del art. 6 del TUE.*

Para el caso de las medidas que se soliciten en la OEI sean injerentes en derechos fundamentales, el Ministerio Fiscal que la haya recibido deberá enviarla a la autoridad judicial competente siendo ésta la del lugar donde deba llevarse a cabo la diligencia, habiendo puesto de manifestó el informe del CGPJ sobre este particular, que no se establecen en el AAP normas alternativas de competencia distinta a la territorial (como podría ser el domicilio de la persona afectada por ejemplo), si bien la posibilidad de acudir a estos otros criterios de atribución competencial parece encontrarse implícito en el art. 187. 3 a) AAP cuando dice “cuando no hubiera ningún elemento de conexión territorial”.

¿Qué ocurre si hay distintas diligencias de investigación a llevar a cabo en varios partidos judiciales o se produce un cambio sobrevenido del lugar donde debe ejecutarse la diligencia?

En estos casos son varias las disposiciones de la Directiva que se han traspuesto a al AAP y que resuelven diversos problemas usuales en la práctica:

- Si se produce un cambio sobrevenido del lugar donde debiera haberse practicado la diligencia (por ej, porque la persona afectada cambia de domicilio) ello no alterará la competencia del órgano judicial

que hubiese acordado el reconocimiento y ejecución de la OEI. No se prevé el caso de que dicho cambio se produzca antes de que el Juzgado o Tribunal al que haya sido turnada la OEI se haya pronunciado sobre su reconocimiento o ejecución. En este caso se puede optar por entender que este supuesto está incluido en la norma anterior del art. 187 AAP, o bien considerar enviar la OEI al Juzgado del lugar que resulte competente, dando cuenta de ello a la autoridad del Estado de emisión pudiendo utilizar para ello cualquiera de los medios de transmisión del art. 7 de la DIR OEI, y en el mismo sentido art. 8 LRM

- Si se solicitan con la OEI la práctica de diligencias que deban llevarse a cabo en distintos partidos judiciales, el órgano judicial que resulte competente para conocer de una de ellas a quién haya sido repartida la OEI será también competente para todas las demás (art. 187. 3, parrs. 6 y 7 AAP)

- Para el caso de que no pueda determinarse cuál es la autoridad judicial que territorialmente debe hacerse cargo de la ejecución de la OEI, el AAP (art. 187 3 a) contiene lo que podría denominarse una “cláusula de cierre” pues para estos casos dispone que serán competentes los Juzgado de Instrucción de Madrid. Si bien la opción de incluir esta cláusula de cierre es acertada, parece que no lo es tanto la opción de atribuir la competencia a los Juzgados de la capital y no haber optado por atribuir la misma a los Juzgados Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional. Cabe señalar por último que si el Juzgado que reciba la OEI estima que no es competente o que ha perdido la misma (por ejemplo porque el bien en cuestión ya no se encuentra en el correspondiente partido judicial) deberá enviar la misma al Juzgado del lugar que corresponda comunicándolo a la autoridad de emisión. Esta obligación de comunicar el envío a la autoridad de emisión como la obligación de acusar recibo es importante llevarlas a cabo para permitir un adecuado control sobre la solicitud enviada así como para que la autoridad emitente pueda conocer en todo momento el devenir de la misma y a qué autoridad puede dirigirse pudiendo denominarse “trazabilidad judicial”.

La OEI deberá ejecutarse del modo solicitado, es decir, con las formalidades y procedimientos cuya observancia haya sido solicitada por la autoridad de emisión. (art. 188.1 f, AAP), pero ello sin olvidar que la ejecución deberá hacerse en todo caso conforme a las normas vigentes en el estado de ejecución. Se trata de un sistema de “doble filtro” al que vamos a hacer mención a continuación cuando nos refiramos a la cuestión de la validez de la prueba transfronteriza. En cualquier caso, cuando la autoridad el estado de ejecución considere o tenga dudas sobre la valoración de la proporcionalidad y necesidad que se ha hecho

por parte de la autoridad remitente siempre podrá hacerle las consultas que considere oportunas sobre este particular (art. 6 DIR OEI). Esta comunicación puede ir precedida de un contacto directo “informal” con la autoridad emitente, bien por teléfono bien por correo electrónico, que no tiene que reflejarse en el procedimiento, pero cuando se decida hacer uso de esta facultad de consulta previa debería acordarse así mediante la correspondiente providencia y reflejar en envío y contestación de la consulta mediante las correspondientes diligencias de constancia. Se ha de tener en cuenta existe la posibilidad de sustituir la medida que se solicite por otra que se considere más acorde, menos injerente y con la que alcancen los mismos resultados ; o la medida solicitada no existe en el derecho nacional. (art. 207 y 212 1 d del AAP y art. 10 DIR OEI)

Por último es necesario poner de manifiesto que las causas de denegación contenidas en los artículos 11 DIR OIE pasan de potestativas a obligatorias en la redacción dada el art. 207 de la LRM por parte del AAP. Se ha optado de facto por establecer un doble juicio de proporcionalidad y necesidad de la medida que es objeto de la OEI. Por un lado, la que lleva a cabo la autoridad que la emite y , por otro, el que debe efectuar la autoridad de ejecución y que puede resolver, como se ha dicho, que se sustituya la misma por otra que tenga igual resultado pero sea menos injerente (art 10 DIR OEI), no observar en su ejecución las formalidades y procedimientos que se solicitan (art. 9.2 DIR) o denegar su ejecución cuando concurran las causas tasadas (art. 11 DIR OEI).

A la hora de buscar una solución a los distintos problemas que pueden presentarse deberá siempre partirse de uno de los principios fundamentales que rigen la cooperación judicial penal en el ámbito de la UE: el principio “pro-cooperationis”. Este principio se traduce en que en la búsqueda de soluciones a los escollos que puedan plantearse a la hora de ejecutar una OEI siempre debe optarse por aquella que resulte más favorable a llevar a cabo la diligencia o actuación que se solicita o, si no fuera posible, optar por otra solución con la que se pueda alcanzar idéntico o similar resultado. Teniendo este principio en la cabeza y conociendo la posibilidad que hemos visto establece la Directiva de poder consultar cualquier duda o cuestión que pueda surgir con la autoridad de emisión , así como la posibilidad de sustituir la medida que se solicite por otra con la que se consiga el mismo resultado de forma menos lesiva, en la mayor parte de los casos se podrá llevar a efecto la solicitud de práctica de diligencias y/o aseguramiento de pruebas que se pretenda con la OEI , exceptuándose, claro está, aquellos supuestos que claramente estén incursos en las causas de denegación.

*** Validez de las pruebas obtenidas en otros estados de la UE**

Antes se ha hecho mención a la necesidad de que la autoridad competente que emita la OEI señale las formalidades que habrán ser observadas por la autoridad competente para la ejecución de la misma (art. 9.2 DIR OEI y art. 188.1 f AAP). En relación con este particular se pueden producir las siguientes situaciones en la práctica:

- Que se lleve a cabo la diligencia en los términos y observando las diligencias solicitadas, en cuyo caso no habrá problema alguno.

- Que la Autoridad competente del Estado de ejecución solicite alguna aclaración a la autoridad de emisión sobre este particular. Esta posibilidad, prevista en el art. 9.6 de la DIR OEI y art. 206.3 del AAP es la más aconsejable cuando pueda haber alguna duda sobre lo que se pretende y la forma en que se solicita que se lleve a cabo una determinada diligencia de investigación

- Que la Autoridad competente del Estado de ejecución decida sustituir la medida solicitada por otra menos injerente para los derechos fundamentales afectados prevista en su OJ para casos similares y con la que obtenga el mismo resultado, hecho éste que deberá ser comunicado a la autoridad del Estado de emisión (Art. 10 DIR OEI y art. 207 del AAP)

- Que se acuerde la suspensión en los dos casos que se prevén: a) Cuando u ejecución pudiera perjudicar una investigación penal o actuaciones judiciales penales en curso, hasta el momento que se considere necesario. b) Cuando los objetos, documentos o datos de que se trate están siendo utilizados en otros procedimientos, hasta que ya no se requieran con este fin, debiendo comunicarse éste hecho también a la autoridad de emisión, aunque en el AAP solo prevea que se comunique el levantamiento de la suspensión. (art. 15 DIR OEI y 209 AAP)

- Que se lleve a cabo la diligencia sin observar todas o algunas de las formalidades señaladas para su práctica. El art. 9.2 de la DIR OEI establece que la Autoridad del estado de ejecución puede dejar de observar las formalidades y procedimientos indicados por la de emisión cuando éstos sean contrarios a los principios jurídicos fundamentales del Estado de ejecución . Se trata pues lo que el CGPJ denomina “doble conciliación”: por un lado , conciliar la libre circulación de resoluciones que acuerdan medidas de investigación y/u obtención de pruebas transfronteriza y los principios esenciales de los ordenamientos de los estados miembros; y por otro, conciliar el principio de reconocimiento mutuo con la salvaguarda de los principios y derechos fundamentales que rigen la obtención de una prueba. ⁴ En estos casos ciertamente

⁴ Ej, práctico . Entre otros muchos casos, esto suele suceder cuando se envía una CRI al Reino Unido para tomar declaración como investigado a alguna personas y se comunica que se va a proceder a la práctica de la diligencia pero del modo que prevé la legislación británica, es decir, sin la presencia de un Fiscal y/o Juez , en ocasiones, sin la presencia de Letrado designado por el turno de oficio .

habituales en la práctica se plantea la cuestión de la validez de la prueba obtenida en el extranjero. Esta materia de esencial importancia se encuentra en nuestra opinión insuficientemente tratada no solo en la Dir OEI sino también en el AAP y en la propia LRM . La jurisprudencia del T.S. a propósito de esta materia ha consagrado el denominado principio de “no indagación” con arreglo al cual “... la pretensión de que los Tribunales españoles se conviertan en custodios de la legalidad de actuaciones efectuadas en otro país la Unión Europea deviene inaceptable. Existe al respecto ya una consolidada doctrina de esta Sala que en general, y más en concreto, en relación a los países que integran la Unión Europea, tiene declarado que no procede tal facultad de supervisión” (STS 456/2013, 9 de junio). Esta sentencia recoge lo que ya se había puesto de manifestó en otras, de entre las que hay que destacar la STS 1521/2002 de 25 de septiembre en la que se decía que: “... en el marco de la Unión Europea, definido como un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que la acción común entre los Estados miembros en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal es pieza esencial (...), no cabe efectuar controles sobre el valor de los realizados ante las autoridades judiciales de los diversos países de la Unión, ni menos de su adecuación a la legislación española cuando aquellos se hayan efectuado en el marco de una Comisión Rogatoria y por tanto de acuerdo con el art. 3 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia Penal”. En la misma línea, la STS 340/2000, 3 de Marzo , precisaba que “... la incorporación a causa penal tramitada en España de pruebas practicadas en el extranjero en el marco del Convenio Europeo de Asistencia Judicial (...) no implica que dichas pruebas deban ser sometidas al tamiz de su conformidad con las normas españolas”.

Este principio de no indagación se traduce en que las autoridades judiciales españolas no tienen que examinar el grado de cumplimiento en otro Estado de la UE de las garantías propias de nuestro sistema no afectando ello la validez probatoria de lo que se obtenga con arreglo a la “lex fori”. (en este sentido veáse también el Fundamento de Derecho 7º, apto. 2º de la STS 556/2006 de 31 de mayo).

Ello podría hacernos pensar que carece de importancia real señalar en el Auto y en el formulario de la OEI que se emita, las formalidades que deban observarse por parte de la autoridad competente del Estado de la UE a la que se dirija o no prestar atención a las mismas cuando la OEI se deba ejecutar en España, pero lo cierto es que el principio de no indagación no tiene carácter absoluto. En este sentido se ha de citar la importante STS 471/2017 de 23 de febrero (n.º Rec 1281/2016) que aborda este problema al tratar el caso de la denominada “lista Belarmino” que fue puesta a disposición de las autoridades fiscales españolas al haber sido aprehendida en el registro practicado en el domicilio de Belarmino llevado a cabo a instancias de la Fiscalía de Niza,

a raíz de una solicitud de cooperación internacional cursada por las autoridades suizas. En esta Sentencia , tras exponer la jurisprudencia antes citada, y confirmar la vigencia del principio de no indagación diciendo que “Al juez español no le incumbe verificar un previo proceso de validación de la prueba practicada conforme a normas procesales extranjeras” , sin embargo establece que esta regla del “locus regit actum” no puede convertirse en un trasnochado adagio al servicio de la indiferencia de los órganos judiciales españoles frente a flagrantes vulneraciones de derechos fundamentales. Dice esta Sentencia en los dos últimos párrafos de su Fundamento de derecho 4º que :

“. Incluso en el plano semántico la expresión principio de no indagación , si se interpreta desbordando el ámbito exclusivamente formal que le es propio, resulta incompatible con algunos de los valores constitucionales comprometidos en el ejercicio de la función jurisdiccional. Esta idea tampoco es ajena a la jurisprudencia de esta Sala. De hecho, en la STS 829/2006, 20 de julio , en una causa incoada por delito de terrorismo, negábamos validez a la valoración de una " entrevista policial " de dos agentes españoles a un preso interno en la base militar de Guantánamo, cuyo testimonio fue recuperado como indicio probatorio de refuerzo de la declaración prestada por el acusado. Decíamos entonces que "... la detención de cientos de personas, entre ellas el recurrente, sin cargos, sin garantías y por tanto sin control y sin límites, en la base de Guantánamo, custodiados por el ejército de los Estados Unidos, constituye una situación de imposible explicación y menos justificación desde la realidad jurídica y política en la que se encuentra enclavada. Bien pudiera decirse que Guantánamo es un verdadero «limbo» en la Comunidad Jurídica". La cita de este fragmento sugiere una doble reflexión. De una parte, se opone de manera frontal a la proclamación del principio de no indagación como una regla de valor apodíctico en nuestra jurisprudencia. La Sala indagó y lo hizo para concluir la falta de virtualidad probatoria de un testimonio de referencia, por más que procedía de agentes de la autoridad españoles expresamente desplazados a territorio estadounidense para la práctica de un interrogatorio que fue ajeno a los principios estructurales de contradicción y defensa y que, por si fuera poco, se practicó en el entorno de coacción moral que es imaginable en un centro de reclusión concebido en los términos en los que aquél fue diseñado. De otra parte, la lectura de ese razonamiento es bien expresiva de la necesidad de no fijar reglas generales que en su inflexibilidad no tomen en consideración la rica variedad de supuestos que nos ofrece la práctica. La intensidad de la vulneración de derechos denunciada admite matices de los que no puede prescindirse en el momento de fijar el alcance de la regla de exclusión. En definitiva, el principio de no indagación no puede interpretarse más allá de sus justos términos. Su invocación debería operar en el marco exclusivamente formal que afecta a la práctica de los actos de investigación en uno u otro espacio jurisdiccional. De tal forma que la flexibilidad admisible en los principios del procedimiento -adecuados por

su propia naturaleza a cada sistema procesal- no se extienda a la obligada indagación de la vigencia de los principios estructurales del proceso, sin cuya realidad y constatación la tarea jurisdiccional se aparta de sus principios legitimadores.”

No se pueden establecer, según mantiene el TS, reglas generales sobre esta materia y habrá de estarse pues a cada caso concreto, y procurar que en las OEI que se remitan desde España se señalen aquellas formalidades que exija la legislación española para la práctica de la diligencia que se pretenda cuidando de hacer especial énfasis en aquellas que afecten de un modo más intenso a los derechos fundamentales, a las garantías de nuestro ordenamiento jurídico y a aquello que el TS denomina como “principios estructurales del proceso”. Ello sin dejar de tener presente la vigencia del citado principio de no indagación que además ha sido reforzado en los últimos años por todos los pasos que se han ido dando para la construcción del ELSJ, siendo además éste una manifestación del principio de confianza mutua y una consecuencia de la consolidación de un patrimonio jurídico europeo. El T.S. aprovecha la Sentencia sobre el caso de la denominada “Lista Belarmino” para a propósito de establecer los criterios para considerar válidamente obtenida la prueba por un particular, hacer un pronunciamiento más general sobre la validez de las diligencias de investigación que se llevan a cabo en el extranjero que está íntimamente relacionado con la OEI que nos ocupa. Esta Sentencia supone, si no una modificación, si una modulación del principio de no injerencia y es una llamada de atención que pone de manifiesto que dicho principio no se puede aplicar sin más, sino que se han de valorar y tener en cuenta las circunstancias del caso concreto. Desde nuestro modesto punto de vista se trata de una acertada vía la que abre el Alto Tribunal pero que quizá necesita de una mayor desarrollo y concreción que seguro que se producirá con futuros pronunciamientos, máxime cuando el art. 1. 4 DIR OEI se establece que : “La presente Directiva no podrá tener por efecto modificar la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos enunciados en el art. 6 TUE, incluid el derecho de defensa de las personas imputadas en un proceso penal, y cualesquiera obligaciones que correspondan a las autoridades judiciales a este respecto permanecerán incólumes” (La misma disposición se contiene en el art. 3 LRM).

Por último es necesario señalar que el CGPJ en su informe llama la atención sobre la necesidad de contemplar de forma separada el principio de especialidad en la obtención de pruebas en ejecución de la OEI en los términos previstos en el art. 19 DIR OEI, del principio de especialidad únicamente referido a los datos personales obtenidos en ejecución de una OEI al que se refiere el art. 193 del AAP. El citado art. 19.3 de la Directiva establece que : “3. La autoridad de emisión, con arreglo a su propio Derecho interno y a menos que la autoridad de ejecución haya indicado otra cosa, no desvelarán cualquier prueba o información facilitadas por la autoridad de ejecución, excepto en la medida en que su revelación sea necesaria para las investigaciones o procedimientos

descritos en la OEI.” De hecho esta diferenciación si que tiene lugar en el art. 213 del AAP cuando se refiere a esta materia al regular las OEI que se reciben en España.

5.- DERECHO TRANSITORIO

Antes ya se ha puesto de manifiesto que en la actualidad nos encontramos en un momento de tránsito que es probable que dure más tiempo del deseable debido a la “pereza” de los distintos estados miembros de la UE a la hora de hacer sus deberes para trasponer la Directiva en los distintos ordenamientos jurídicos.

El art. 34 de la Directiva⁵ establece que los Estados miembros tienen hasta el 22 de mayo de 2017 para trasponer la misma a sus ordenamientos internos y que a partir de esa fecha la directiva sustituye a las decisiones marco y a las “disposiciones correspondientes” de los convenios que se enumeran a continuación:

- Convenio europeo de asistencia judicial en materia penal del Consejo de Europa de Roma de 20 de abril de 1959, a sus dos protocolos adicionales y a los acuerdos bilaterales celebrados al amparo del art. 26.

- Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la UE de Bruselas de 29 de mayo de 2000 y su protocolo de 2001.

- Convenio relativo a la aplicación del acuerdo Schengen

⁵.- El art. 34 de la Directiva establece que : “1.Sin perjuicio de su aplicación entre los Estados miembros y terceros Estados y de su aplicación temporal en virtud del artículo 35, la presente Directiva sustituye, a partir del 22 de mayo de 2017, a las disposiciones correspondientes de los siguientes convenios aplicables a las relaciones entre los Estados miembros vinculados por la presente Directiva: a) 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; b) Convenio relativo a la aplicación del acuerdo de Schengen; c) Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea y su Protocolo. 2.Queda sustituida la Decisión Marco 2008/978/JAI por la presente Directiva para todos los Estados miembros vinculados por la presente Directiva. Las disposiciones de la Decisión Marco 2003/577/JAI quedan sustituidas por la presente Directiva para todos los Estados miembros vinculados por la presente Directiva en relación con el aseguramiento de pruebas. Para los Estados miembros vinculados por la presente Directiva, las referencias de la Decisión marco 2008/987/JAI y, en lo que respecta a la inmovilización de activos, a la Decisión marco 2003/577/JAI, se entenderán hechas a la presente Directiva. 3.Además de la presente Directiva, los Estados miembros podrán celebrar o seguir aplicando acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales con otros Estados miembros después del 22 de mayo de 2017, siempre que ello permita el mejor cumplimiento de los objetivos de la presente Directiva y contribuir a simplificar o a facilitar más los procedimientos para la obtención de pruebas, y a condición de que se respete el nivel de las salvaguardias previstas en la presente Directiva. 4.Los Estados miembros notificarán a la Comisión, a más tardar el 22 de mayo de 2017, los acuerdos y arreglos vigentes mencionados en el apartado 3 que deseen seguir aplicando. Los Estados miembros notificarán asimismo a la Comisión, en el plazo de tres meses desde su firma, cualquier nuevo acuerdo o convenio contemplado en el apartado 3. “

- *Decisión Marco 2008/978/JAI sobre el exhorto europeo de obtención de pruebas*

- *Decisión Marco 2003/577/JAI relativa a la ejecución en la UE de las resoluciones de embargo preventivo y aseguramiento de pruebas, en lo relativo a las medidas de aseguramiento de pruebas.*

Los estados miembros tenían pues hasta el pasado 22 de mayo de 2017 para llevar a cabo la trasposición de la directiva, pero a la fecha del presente artículo tan solo Francia y Alemania lo han hecho, por lo es necesario determinar cuál sea la norma de aplicación a las solicitudes de práctica de diligencias y/o aseguramiento de pruebas que se envíen o reciban en España con destino u origen en otros miembros de la UE a la vista de lo establecido en el citado art. 34.

Este grave problema ha sido abordado tanto por EUROJUST en la nota emitida el pasado 2 de mayo de 2017 como por la Fiscalía de Cooperación Internacional del Tribunal Supremo en la Circular 1/2017, por el CGPJ y por la FGE en sus respectivos y preceptivos informes emitidos sobre el AAP. Todos ellos coinciden en señalar que una aplicación maximalista o literal del precepto indicado llevaría consigo que se volviera a la “edad de piedra” en la cooperación judicial internacional en la UE, pues al quedar derogados los principales convenios en esta materia solo cabría acudir al principio de la reciprocidad.

¿Qué solución se propone?

En todos los informes y pronunciamientos aludidos se llega a la conclusión que, en tanto la Directiva de la OEI no sea transpuesta, seguirán siendo de aplicación las directivas y disposiciones correspondientes a los convenios que sustituye. Se trata de una cuestión que convendría abordar de oficio en todas aquellas resoluciones judiciales que acuerden llevar a cabo la práctica de una diligencia de investigación y/o aseguramiento de prueba en otros estados miembros de la UE o ejecutar una resolución de esta naturaleza que se reciba en España, y ello al explicar el por qué se invoca una determinada norma y las razones por las que sigue siendo de aplicación pese a lo dispuesto en la Directiva.

En consecuencia, a las solicitudes que se dirijan o se reciban de los Estados miembros vinculados por la Directiva (todos menos Dinamarca e Irlanda) les seguirá siendo de aplicación los convenios y

*DM que quedan sustituidos, siendo a día de hoy una incógnita lo que sucederá con el Reino Unido dado que está por ver las consecuencias y el alcance que va a tener el denominado "Brexit".*⁶

Los argumentos en apoyo de esta solución son los siguientes:

- *Es difícil pretender una aplicación directa, por falta de transposición aunque con las salvedades que más adelante veremos, de unas normas que requieren la concreción e incorporación al ordenamiento jurídico ínterin.*
- *El art. 34 de la DIR afirma que ésta "sustituye" y no "deroga" los Convenios aplicables hasta la fecha, con lo que es amplio el margen de interpretación que nos permite afirmar que dichos Convenios están en vigor en tanto en cuanto la transposición no se ha producido.*
- *La doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la UE en el caso Goicoechea relativo a la orden europea de detención y entrega (TJUE C-296/08) en la que afirmaba que "la sustitución, prevista en el artículo 31.1 de la DM, de los Convenios mencionados en esta disposición no implica la desaparición de aquellos que sigan siendo pertinentes en casos cubiertos por una declaración de un Estado miembro realizada al amparo del artículo 32 de la Decisión marco, así como en otras situaciones en que no sea aplicable el régimen de orden de detención europea".*
- *El informe de la Comisión Europea en relación a la Decisión Marco 2008/909/JHA sobre reconocimiento de penas u otras medidas privativas de libertad que analiza un problema de periodo transitorio similar al que aquí analizamos (en tanto en cuanto la DM declaraba sustituidos Convenios anteriormente aplicables) llegando a indicar que "la inaplicación de las DM por algunos EEMM plantea grandes problemas, porque los Estados miembros que han aplicado correctamente las DM no pueden beneficiarse de sus disposiciones en materia de cooperación en sus relaciones con los EEMM que no les han*

⁶ El Reino Unido había comunicado su deseo de colaborar en la adopción y aplicación de la Directiva según lo dispuesto en el art. 3 del Protocolo n.º 21 sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda respecto del ELSJ anejo al TUE y al TFUE, posición recogida en el considerando 43 de la Directiva.

dado aplicación a su debido tiempo. (. ..) Por consiguiente, a la hora de cooperar con un EM que no haya aplicado las disposiciones a su debido tiempo, incluso los EEMM que sí lo hayan hecho deberán seguir aplicando los convenios correspondientes”.

El Dictamen 1/17 de la Fiscal de Sala de Cooperación Internacional del TS concluye que el principio de interpretación conforme, adoptado por el TJUE en la Sentencia “Pupino” C-105/2003 de 16 de Junio de 2005, exige que, cuando el período de transposición de una Directiva haya expirado sin que la misma haya sido transpuesta en Derecho interno, como ocurre con la Directiva que regula la OEI tal y como hemos visto, las normas aplicables han de ser interpretadas en la medida de lo posible conforme a lo dispuesto en la Directiva. Aplicado al caso que nos ocupa, este principio exige que, aunque se sigan utilizando los Convenios que están llamados a ser sustituidos, las autoridades nacionales tanto al emitir un solicitud como al ejecutar una recibida deban tener en cuenta lo más posible las previsiones y el espíritu de la DIR OEI, especialmente aquellas previsiones normativas de la directiva como plazos, comunicaciones directas, consultas, etc. que no sean contradictorias con los Convenios aplicables y pueden ser observadas aunque la cooperación siga realizándose a través de las disposiciones de los Convenios internacionales. 7

No obstante, aún cuando la cuestión exceda de los límites de este artículo, debe tenerse presente que este “principio de interpretación conforme” tiene también sus límites, y los encuentra en: Los principios generales del derecho, en especial los principios de seguridad jurídica y la no retroactividad; La prohibición de interpretar contra legem y la imposibilidad de interpretar atentando derechos fundamentales. 8

¿A qué se refiere el art. 34 de la Directiva cuando utiliza la expresión “disposiciones correspondientes”?

El art. 34 de la DIR OEI establece que la directiva sustituirá las

⁷La Sentencia clave en la que se reconoce por primera vez y como principio general la eficacia interpretativa de las directivas es la STJCE de 10 de abril de 1984 (14/83), asuntos 14/83 y 79/83, Rec. pp. 1891 y ss. . La base jurídica para establecer la interpretación conforme como una obligación en toda regla la encuentra en los art. 5 TCE y 189. 3 TCE, es decir, el principio de cooperación leal y la obligación de los Estados de aplicar el contenido de una directiva.

⁸Veáse sobre este particular la Sentencia del TJUE sobre el denominado asunto Pupino de 16 de junio de 2005, asunto C-105/2003

“disposiciones correspondientes” de todos los convenios antes enumerados. La expresión ha sido objeto de crítica por parte de la FGE y del CGPJ en sus informes al AAP dada su imprecisión y amplitud. Ambos organismos llegan a la conclusión que será la autoridad competente para la emisión y/o ejecución de la OEI la que deberá valorar, en cada supuesto, si la diligencia de investigación que se pretende está afectada por esta sustitución (siendo de aplicación en este caso la normativa sobre la OEI) o si, por el contrario, es no ha es así, en cuyo caso seguirá siendo de aplicación la normativa anterior. El Dictamen de la Fiscal de Sala de Cooperación Internacional del TS expone esta problemática al decir que:

“Se ha criticado desde diversas instancias la vaguedad e indeterminación de esta expresión que obligará a las autoridades nacionales a realizar un esfuerzo interpretativo adicional a la hora de establecer si una concreta medida a solicitar debe canalizarse a través de los Convenios o de la DIR OEI.

Desde distintas instancias europeas se han realizado intentos por establecer un elenco de medidas no sustituidas por la DIR OEI. Sin embargo, ni la Comisión ni los Estados miembros han elaborado una lista de posibles disposiciones afectadas. En el ya mencionado ejercicio conjunto al respecto, Eurojust y la Red Judicial Europea mencionan en su Nota de 2 de mayo algunos de los supuestos que pueden considerarse incluidos en ese concepto, si bien advirtiendo que se trata en todo caso de una nota meramente orientadora y en ningún caso obligatoria. En cualquier caso, el efecto legal de cualquiera de los esfuerzos aclaratorios que pudieren haberse realizado en estos ámbitos, sería simplemente una guía para las autoridades competentes.

Por ello, tampoco se pretende en este Dictamen establecer un elenco exhaustivo de las medidas de los Convenios que no serán sustituidas por la OEI, sin perjuicio de lo cual queremos apuntar, con el objeto de facilitar la aplicación práctica, algunas medidas que han de considerarse excluidas del ámbito de la OEI relativas al campo de la cooperación judicial tales como la notificación de documentos procesales (artículo 5 del Convenio 2000), el intercambio espontáneo de información (artículo 7 del Convenio 2000), la denuncia y transferencia de procedimientos (artículo 21 del Convenio de 1959 y art 6 del Convenio de 2000), el intercambio de información sobre antecedentes penales (artículo 13 del Convenio de 1959 en relación a la Decisión Marco 2009/315/JAI - ECRIS-), o la entrega de objetos para el perjudicado (artículo 8 del Convenio 2000 y artículo 12 del Segundo Protocolo del Convenio de 1959), entre otras.

Lo que resulta importante y quiere recordarse en este apartado es que existen disposiciones que no serán sustituidas por la DIR OEI (algunas de extraordinaria importancia como las mencionadas más arriba), y que los Convenios siguen siendo aplicables parcialmente. Por ello la autoridad competente deberá, caso por caso, establecer si la medida a solicitar está o no sustituida por la DIR OEI. Conviene recordar finalmente que, conforme al artículo 3 de la DIR OEI, las medidas acordadas en el ámbito de un equipo conjunto de investigación están excluidas del alcance material de la DIR OEI por lo que continúan plenamente vigentes tanto el art 13 del Convenio 2000 como la ley 11/2003 de equipos conjuntos de investigación.”

La enumeración que se hace por la Fiscalía y Eurojust no es exhaustiva y está claro que en la práctica podrán surgir otras materias en las que pueda dudarse sobre si es de aplicación o no la OEI, y si éste debe ser o no el instrumento a elegir aunque para ayudar a buscar una solución puede tenerse presente el concepto y objeto de la OEI al que al principio nos hemos referido así como la disposición general del art. 3 de la Directiva conforme a la cual la OEI puede tener como objeto la solicitud de práctica de cualquier diligencia de investigación. Podría resultar de ayuda que sobre este particular se llevara a cabo una labor de interpretación y estudio por parte de los servicios correspondientes (por ejemplo por parte del Servicios de Relaciones Internacionales del CGPJ y/o los miembros de las distintas redes de cooperación RJE, REJUE, etc) para elaborar una guía que pudiese servir de apoyo/consulta a las autoridades competentes españolas.

¿Cabría que una parte solicitara la aplicación directa de los preceptos de la Directiva pese a no estar traspuesta en nuestro ordenamiento Jurídico?

El TJUE reconoce un efecto útil a las Directivas no traspuestas en sentido vertical de forma que se permite que un particular pueda exigir al Estado los derechos concedidos en éstas, entre otras cabe mencionar las Sentencias del TJUE de 8 de mayo de 2013, asunto Marinov, y 7 de julio de 2016, asunto Ambisig y AICP, núm.C-46- 2015 en las que se afirma que "según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cuando el Estado no haya traspuesto una directiva en el Derecho nacional dentro de plazo o la haya traspuesto incorrectamente, los particulares solo están legitimados para invocar en contra del Estado ante los órganos jurisdiccionales nacionales aquellas disposiciones de la directiva que, desde el punto de vista de su contenido, sean incondicionales y suficientemente precisas".

También nuestro Tribunal Constitucional en la Sentencia 13/2017 de 30 de Enero ha reconocido un efecto jurídico a las disposiciones de la Directivas no implementadas en plazo al afirmar que "no cabe rechazar tampoco la posibilidad de que una directiva comunitaria que no haya sido transpuesta dentro de plazo por el legislador español, o que lo haya sido de manera insuficiente o defectuosa, pueda ser vinculante en cuanto contenga disposiciones incondicionales y suficientemente precisas en las que se prevean derechos para los ciudadanos, incluyendo aquellos de naturaleza procesal que permitan integrar por vía interpretativa el contenido esencial de los derechos fundamentales, al haberse incorporado por vía de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al acervo comunitario".

Teniendo en cuenta los pronunciamientos de la jurisprudencia europea y la doctrina constitucional citados, cabe que en la práctica las partes personadas en un procedimiento puedan solicitar la aplicación de aquellos preceptos la DIR OEI 2014/41/CE que sean precisos y no condicionales.

6.- CONCLUSIÓN

La Orden Europea de Investigación está llamada a ser el principal instrumento de cooperación judicial internacional en el ámbito de la UE en los próximos años y el cauce por el que van a discurrir la mayor parte de las peticiones de práctica de diligencias y aseguramiento de prueba dada la amplitud material de su objeto y que todos los países miembros, salvo Dinamarca e Irlanda, están vinculados por la directiva que regula la misma. Su regulación no está exenta de dificultades, alguna de las cuales han sido abordadas en este artículo, y habrá de estarse al modo en que los distintos países traspongan la Directiva a sus ordenamientos jurídicos para solventar los distintos problemas que puedan surgir al llevarla a efecto.

A modo de reflexión final se quiere decir que sería necesario y muy conveniente elaborar una ley de cooperación judicial penal en la que se regulasen de forma sistemática y completa todos los aspectos relacionados con esta materia. Así lo ponía de manifiesto con acierto la Magistrada D.^a Carmen Rodríguez-Medel Nieto, hoy asesora del

Ministerio de Justicia y ex Letrada del Servicio de Relaciones Internacionales del CGPJ, cuando en el Cuaderno 14/2016 de Formación del CGPJ decía que: “es un clamor de la doctrina y de los operadores jurídicos la necesidad de que España cuente con una ley de cooperación judicial penal que regule esta actividad jurisdiccional, hoy día huérfana de una regulación rigurosa que esclarezca, entre otras cuestiones, qué autoridad pueden emitir las peticiones de auxilio judicial internacional, cómo deben hacerlo (por auto, por decreto, etc), qué participación pueden tener al respecto las partes personadas y qué régimen de recursos caben contra esas decisiones jurisdiccionales de practicar diligencias en el extranjero”. Se trataría de una norma que regulara no solo los aspectos materiales ya contenidos en la LRM y otras normas, sino también todos los aspectos procesales que relativos los distintos instrumentos de reconocimiento mutuo, entre los que se encuentra la OEI, y las demás herramientas que pueden ser utilizadas en el ámbito de la cooperación judicial penal.



A S O C I A C I O N
DE JUECES Y MAGISTRADOS
FRANCISCO DE VITORIA
