

CUADERNOS DE DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Director:

GUSTAVO ANDRÉS MARTÍN MARTÍN

Coordinador:

JUAN JOSÉ NAVAS BLÁZQUEZ

AJFV
ASOCIACIÓN
JUDICIAL
FRANCISCO DE
VITORIA



www.aifv.es

Dra. Alicia González Monje,
Profesora de Derecho Procesal
Universidad de Salamanca

RESUMEN: La lucha eficaz contra la criminalidad transnacional obliga a los Estados a abandonar las tradicionales fórmulas de cooperación judicial basadas en el principio de reciprocidad, para avanzar hacia el fortalecimiento de los instrumentos de cooperación policial y judicial en materia penal, cristalizando en un conjunto de medidas destinadas a facilitar la investigación, la obtención de pruebas y su posterior incorporación a los procesos penales nacionales.

Desde esta perspectiva, la Orden Europea de Investigación constituirá el futuro marco normativo de la investigación penal en la UE.

El objeto del presente trabajo es desarrollar la regulación en ella contenida sobre la intervención de las comunicaciones, en la medida en que ésta supone una de las diligencias de investigación más eficaces en la lucha contra la delincuencia transnacional.

Así mismo, se confrontará tal regulación con la contenida en el Convenio de Asistencia Judicial entre los Estados Miembros de la UE del año 2000, a la que viene llamada a sustituir, precisando las ventajas que la nueva regulación aporta a la materia objeto de estudio.

VOCES: Criminalidad organizada Intervención telefónica. Orden Europea de Investigación. Reconocimiento Mutuo. Prueba transnacional.

1. INTRODUCCIÓN.

La aparición de nuevas formas de criminalidad y la reinención de las ya existentes en constante evolución, han puesto de manifiesto que los métodos tradicionales de investigación del delito y averiguación del delincuente han devenido ineficaces en la lucha contra las mismas.

Se hace necesario evolucionar hacia una nueva concepción en la investigación criminal, a la vez que se fijan los límites necesarios del uso que haga el Estado de las nuevas tecnologías con fines de investigación.

La constatación de estas necesidades de adaptación, supera las legislaciones internas de los Estados para trascender al ámbito supranacional, de manera que la intensificación de la cooperación judicial en materia de investigación penal constituye uno de los grandes retos a nivel europeo y mundial. Superando así planteamientos clásicos derivados del principio de territorialidad, las tradicionales fórmulas de cooperación judicial basadas en el principio de reciprocidad, se pueden considerar superadas por la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia que ha permitido¹, en el ámbito de la Unión Europea, avanzar hacia el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales² y hacia un fortalecimiento de los instrumentos de cooperación policial y judicial en materia penal, que ha cristalizado en un conjunto de medidas destinadas a facilitar la investigación, la obtención de pruebas y su posterior incorporación en los procesos penales nacionales.

Por otro lado, la necesaria adaptación de las legislaciones procesales penales a la nueva realidad criminal, ha propiciado la aparición de nuevas diligencias de investigación como los equipos conjuntos de investigación, las operaciones encubiertas y la circulación o entrega vigilada, que implican, en la medida en que haya un elemento transnacional, una mayor cooperación entre los Estados implicados.

Ello ha llevado a algunos autores a considerar superado el término tradicional de cooperación judicial, para preferir una fórmula mucho más amplia, la de “cooperación jurídica internacional en materia penal”, que abarque mecanismos vinculados al proceso, pero fuera de su ámbito

¹ PENÍN ALEGRE, C., “Nuevos instrumentos de cooperación jurídica internacional con Iberoamérica.” En: GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., (Dir.), *Investigación y prueba en el proceso penal*, Editorial Colex, Madrid, 2006, págs. 386-388.

² Vid. BUJOSA VADELL, L. M., “Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales penales: estado de la cuestión en la Unión Europea”, *Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, núm. 13, 2003; DE PRADA SOLAESA, J. R., “Introducción”. En: JUANES PECES, Á. (Dir.), *Cooperación Jurídica Penal Internacional, Memento Experto*, Lefebvre-El Derecho, S.A., Madrid, 2016, págs. 32-36.

estricto³, como los enumerados con anterioridad⁴.

Dentro de esas técnicas de investigación, la intervención de las comunicaciones se revela como una de las más eficaces. De hecho, asistimos a un momento en que cuando se produce un fenómeno criminal de gran alcance, social y mediático, como por ejemplo, un atentado terrorista, es frecuente que las autoridades competentes demanden la cesión a las Fuerzas de Seguridad de mayores poderes para la interceptación de las comunicaciones de los ciudadanos, teniendo en cuenta que “la obtención de información sobre los planes delictivos es y ha sido, desde siempre, una pieza fundamental en el esclarecimiento del delito”⁵.

II. NORMATIVA APLICABLE A LA INTERVENCIÓN DE COMUNICACIONES TRANSFRONTERIZAS.

Establecido así el estado de la cuestión, debemos preguntarnos cuál es la normativa aplicable a la intervención de comunicaciones transfronterizas.

³ ARNÁIZ SERRANO, A., “Evolución de la cooperación judicial penal internacional: en especial, la cooperación judicial penal en Europa”. En: ARNÁIZ SERRANO, A., (coord.), *Cooperación judicial penal en Europa*, Editorial Dykinson, Madrid, 2013, pág. 3.

⁴ En el mismo sentido, sostiene PARRA GARCÍA que “particularmente podemos aceptar que el auxilio o asistencia judicial se refiere a la cooperación judicial donde existen mayores dosis asistenciales por parte del sistema judicial (jueces y fiscales, principalmente), en tanto que la cooperación jurídica comprendería una versión más amplia del auxilio mutuo entre autoridades que abarcaría también la colaboración con mayor orden de intervención gubernativa como es el caso de la extradición clásica, el traslado de condenados, transmisión de procedimientos, etc. Dicho de otra manera, este último concepto supone una faceta más presencial del Poder Ejecutivo en el proceso de remisión y cumplimentación de lo pedido, en tanto que el segundo representa una versión más “judicializada” de la cooperación”. PARRA GARCÍA, J., “El nuevo régimen de las solicitudes de asistencia judicial en materia penal”, *Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, núm. 13, 2003, pág. 4.

⁵ SÁNCHEZ MELGAR, J., “Las nuevas tecnologías y la interceptación de las comunicaciones en el proceso penal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Interceptación de las comunicaciones y nuevas tecnologías*, Cuadernos Digitales de Formación, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, Vol. 43, 2010, pág. 153.

La regulación actual se encuentra en la Directiva 2014/41/CE relativa a la Orden Europea de Investigación en materia penal⁶, de 3 de abril de 2014, que ha sido transpuesta al ordenamiento español por Ley 3/2018, de 11 de junio, por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea⁷, para regular la Orden Europea de Investigación, entrando en vigor el 1 de julio de 2018.

Sobre la base del carácter integrador y unificador que inspira el contenido de la Directiva, la regulación que en ella se contiene en materia de intervención de comunicaciones, vendrá a sustituir a la prevista, también con carácter específico en el Convenio de Asistencia Judicial del 2000⁸.

2.1. EL LARGO CAMINO HACIA EL TEXTO DEFINITIVO.

La importancia de una medida de investigación como la intervención de las comunicaciones, la hacen merecedora de una regulación específica en el Capítulo V, y ello, a mi entender, no sólo por ser una medida con un alto nivel de injerencia en los derechos fundamentales de los ciudadanos, sino también por su elevado nivel de eficacia en las investigaciones de fenómenos criminales complejos como el crimen organizado o el terrorismo⁹.

El texto definitivo del capítulo que regula las intervenciones sufrió numerosos cambios en el proceso legislativo de la Directiva, siendo sin

⁶ UNIÓN EUROPEA. Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014 relativa a la Orden Europea de Investigación en materia penal, DO L 130/1, de 1 de mayo de 2014. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0041>

⁷ BOE núm. 142, de 12 de junio de 2018, págs. 60161 a 60206.

⁸ Excepto para Dinamarca e Irlanda, a las que seguirá siendo de aplicación la regulación contenida en el Convenio de Asistencia Judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea de 20 de mayo del 2000.

⁹ Se ha señalado al respecto, que es una cuestión de interés público asegurar que las capacidades de la interceptación de las comunicaciones no se vean comprometidas, a fin de que continúen siendo esenciales para detectar y prevenir los crímenes más graves y los actos de terrorismo. JUSTICE, *Briefing on the European Investigation Order for Council and Parliament*, London, 2010, pág. 22. Disponible en: <http://www.statewatch.org/news/2010/aug/eu-justice-briefing-eio.pdf>. La traducción es mía.

duda, una de las cuestiones más controvertidas entre los Estados miembros a la hora de consensuar una regulación que satisficiera los intereses de todos. La dificultad para conjugar las distintas legislaciones de los Estados miembros, había hecho imposible hasta entonces el establecimiento de una regulación uniforme en una materia¹⁰, la de la intervención de las comunicaciones, especialmente sensible y espinosa por su alto nivel de injerencia en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones de los ciudadanos. A ello hay que añadir que el gran desarrollo de las comunicaciones en sentido amplio, ha hecho necesario aunar conceptos como el de asistencia judicial y asistencia técnica, a fin de que la realización práctica de la intervención por medios tecnológicos, cumpla con los estándares de respeto a los derechos fundamentales y libertades individuales exigidos en la Unión Europea. Estas circunstancias explican¹¹, que la regulación de la intervención de las telecomunicaciones se ubique en un título independiente.

En el texto inicialmente presentado en 2010¹², se excluía del ámbito de aplicación de la Directiva:

a) La intervención y transmisión inmediata de telecomunicaciones al Estado requirente, que constituye la regla general del Convenio 2000. (Art. 18.1.a).

¹⁰ La insuficiencia demostrada por el art. 1 del Convenio Europeo de 1959 para facilitar la cooperación internacional en una materia tan sensible y espinosa como la intervención de las telecomunicaciones, y las Recomendaciones del Consejo de Europa y la Resolución del Consejo de la Unión Europea sobre interceptación legal de las telecomunicaciones, no cristalizaron en un instrumento vinculante hasta el Convenio del 2000.

¹¹ SÁNCHEZ SISCART, José Manuel. “Cooperación Judicial Penal. Exposición del marco normativo. Instituciones, recursos de información y herramientas web. Especial consideración a la herramienta www.prontuario.org”. En: *Reconocimiento y ejecución de resoluciones penales en el espacio judicial europeo*. Cuadernos Digitales de Formación, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2010, pág. 18.

¹² UNIÓN EUROPEA, Iniciativa del Reino de Bélgica, la República de Bulgaria, la República de Estonia, el Reino de España, la República de Austria, la República de Eslovenia y el Reino de Suecia con vistas a la adopción de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa relativa al exhorto europeo de investigación en materia penal. COPEN 15, CODEC 363, EUROJUST 47, EJM 12, DO C 165/22 (2010/C 165/02), de 24 de junio de 2010.

b) La intervención, grabación y ulterior transmisión de la grabación al Estado requirente, respecto de la cual el Convenio 2000 aboga por su aplicación excepcional (Art. 18.1.b), si:

- la persona objeto de intervención se encuentra en el propio Estado requirente, cuando sea necesaria dicha asistencia técnica del Estado requerido. (Art. 18.2.a) Convenio 2000).

- la persona objeto de intervención se encuentra en un tercer Estado miembro, cuando el Estado requirente precise de la asistencia técnica del Estado requerido. (Art. 18.2.c) Convenio 2000).

- cuando la intervención de la telecomunicación se produzca sin la asistencia técnica de otro Estado. (Art. 20 Convenio 2000).

No existía, por tanto, un capítulo con regulación específica para la intervención de las comunicaciones, ya que se entendía que la interceptación clásica o estándar debía entenderse cubierta por la posibilidad recogida en el entonces artículo 27 de la PD¹³, el cual regulaba las “Medidas de investigación que impliquen la reunión de pruebas en tiempo real, de manera continua y durante un determinado periodo de tiempo”.

Ya en la reunión de trabajo de fecha 20 de julio de 2010, se señala que las formas de interceptación excluidas no son compatibles con el principio de reconocimiento mutuo y que su inclusión podría afectar a la coherencia del proyecto. Añadiendo que se trata de tipos de interceptación raramente usados, a la vez que ponen de manifiesto que la estructura del Título III del Convenio 2000 es extremadamente compleja, si no oscura, de manera que mantener esa compleja regulación en la OEI podría tener importantes consecuencias. En definitiva, en términos de simplificación del trabajo a los operadores jurídicos, las

¹³ UNIÓN EUROPEA, *Initiative of the Kingdom of Belgium, the Republic of Bulgaria, the Republic of Estonia, the Kingdom of Spain, the Republic of Austria, the Republic of Slovenia and the Kingdom of Sweden for a Directive of the European Parliament and of the Council regarding the European Investigation Order in criminal matters. Explanatory Memorandum*, 9288/10 ADD 1, COPEN 117 EUROJUST 49 EJM 13 PARLNAT 13 CODEC 384, de 3 de junio de 2010, pág. 6.

desventajas de incluir estas formas de interceptación dentro el ámbito de aplicación de la OEI, parecen superar claramente a las ventajas¹⁴.

La evolución en las negociaciones nos sitúan ahora en el texto aprobado en fecha 21 de diciembre de 2011¹⁵, donde por vez primera, se prevé en un capítulo independiente normas adicionales en materia de intervención de comunicaciones, que cristalizará en la redacción definitiva.

Llegado a este punto, podemos decir que la Directiva reproduce el esquema ya contenido en el Convenio 2000, y opta por dedicar un capítulo específico al tratamiento de la intervención de las telecomunicaciones.

En el articulado de ese Capítulo V, no se contiene una definición de telecomunicaciones, pero a diferencia del Convenio 2000¹⁶, y tal como se desprende del ya mencionado Considerando 30, se amplía el concepto de

¹⁴ UNIÓN EUROPEA, *Note from Presidency to Working Party on Cooperation in Criminal Matters, subject Initiative of the Kingdom of Belgium, the Republic of Bulgaria, the Republic of Estonia, the Kingdom of Spain, the Republic of Austria, the Republic of Slovenia and the Kingdom of Sweden for a Directive of the European Parliament and of the Council regarding the European Investigation Order in criminal matters - Follow-up document of the meeting on 12-13 July 2010*, 12201/10, COPEN 157 EUROJUST 68 EJM 24 CODEC 687, de 20 de julio de 2010, págs. 3-5. La traducción es mía. Disponible en: <http://www.statewatch.org/news/2010/jul/eu-council-io-12201-10.pdf>

¹⁵ Texto acordado para una valoración general en Bruselas el 21 de diciembre de 2012, 18918/11, COPEN 369, EUROJUST 217, EJM 185.

¹⁶ Esta omisión no es fortuita; el propio Informe Explicativo del Convenio, señala que, tras haber estudiado la cuestión, el Consejo ha estimado que no era necesario definir el término “telecomunicaciones”, que no se limita estrictamente a las conversaciones telefónicas sino que, por el contrario, debe ser interpretado en su acepción más amplia. Debido a esta indefinición, se sobreentiende que las disposiciones en materia de intervención de telecomunicaciones podrán aplicarse a todas las formas de comunicaciones que permitan las tecnologías actuales y futuras. Amplía así mismo el concepto de intervención, al entender que en la medida de lo posible, es preciso que el Estado miembro requerido transmita también los datos técnicos correspondientes a cada telecomunicación, por ejemplo, el número al que se llama, la hora y duración de la telecomunicación y, en caso de que se disponga de ese dato, el lugar en que se ha emitido o recibido la telecomunicación. UNIÓN EUROPEA, Informe explicativo del Convenio de 29 de mayo de 2000, relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, DOCE C 379/7, de 29 de diciembre de 2000.

telecomunicación, para incluir en el mismo no sólo el contenido de la comunicación, sino también los datos de tráfico y de localización, en consonancia con lo ya recogido en otros instrumentos normativos emanados en el seno de la Unión Europea¹⁷ y del Consejo de Europa¹⁸.

2.2. LA INTERVENCIÓN DE COMUNICACIONES EN LA ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACIÓN.

El Capítulo V dedica a esta materia dos preceptos, artículos 30 y 31.

El artículo 30 prevé la emisión de una OEI para la intervención de comunicaciones con asistencia técnica de otro Estado miembro, prevista para los siguientes supuestos:

a) La transmisión inmediata de las telecomunicaciones al Estado de emisión o

b) La intervención, registro y ulterior transmisión del resultado de la

¹⁷ Ya la Directiva 97/66/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al tratamiento de datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones, en su considerando decimoséptimo se refería al concepto de datos de tráfico como equiparables con el de la información concerniente a los datos relativos a los abonados utilizados para el establecimiento de llamadas. Posteriormente, la Directiva 2002/58/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, que deroga la anterior, define en su art. 2. b) los datos de tráfico como “cualquier dato tratado a efectos de la conducción de una comunicación a través de una red de comunicaciones electrónicas o a efectos de la facturación de las mismas”; por su parte, el art. 2.c) nos proporciona el concepto de datos de localización como “cualquier dato tratado en una red de comunicaciones electrónicas que indique la posición geográfica del equipo terminal de un usuario de un servicio de comunicaciones disponible para el público”, especificando su considerando decimocuarto que como tales se entenderán los referentes a latitud, longitud, y altitud del equipo terminal del usuario, dirección de la marcha, nivel de precisión de la información, identificación de la célula de red en la que aquél esté localizado en el momento u hora en que la información de localización ha sido registrada.

¹⁸ Convenio sobre Cibercriminalidad del Consejo de Europa. Para un examen de la materia ver: GONZÁLEZ MONJE, A., “El recurso a técnicas especiales de investigación en la lucha contra la ciberdelincuencia. Especial referencia al Convenio sobre Ciberdelincuencia del Consejo de Europa, de 23 de noviembre de 2001”. En: PÉREZ ÁLVAREZ, F. y ZÚÑIGA RODRIGUEZ, L., (Dir.), [*Instrumentos jurídicos y operativos en la lucha contra el tráfico internacional de drogas: memorias del Proyecto I.F.O. Illegal Flow Observation JUST/2011/ISEC/DRUGS/AG/3671*](#), Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2015, págs. 263-277.

intervención de las telecomunicaciones al Estado de emisión.

En la primera de las modalidades, la transmisión inmediata consiste en dirigir directamente al Estado miembro requirente la telecomunicación intervenida, donde la autoridad competente que haya ordenado la intervención, podrá escucharla y grabarla.

En la segunda modalidad, a mi juicio, es mayor el sacrificio de los derechos individuales, ya que el acceso al contenido de las comunicaciones, va a tener lugar en el Estado requerido, cuyos funcionarios o autoridades van a poder escuchar las conversaciones o comunicaciones, las cuales quedarán grabadas para poder ser puestas, con mayor o menor periodicidad hasta el final de la intervención y escucha, a disposición de las autoridades del Estado requirente.

Es interesante destacar, que a diferencia de lo que ocurría en el Convenio 2000, no se prevé que una u otra modalidad de intervención tenga prevalencia, sino que en esa intención ya subrayada de dejar en este campo más amplitud a los Estados intervinientes, el artículo 30.6 de la Directiva prevé que las autoridades de emisión y de ejecución mantengan consultas con el fin de acordar cuál de las dos modalidades es la adecuada, se entiende que al caso concreto, ponderando las circunstancias concurrentes.

Esta previsión encuentra su reflejo en el formulario del Anexo A, en la sección destinada a la materia que nos ocupa, Sección H7, en la medida en que permite al Estado de emisión mostrar su preferencia por el método a seguir: bien la transmisión inmediata, bien la grabación y posterior transmisión.

Será en este periodo de consultas, respecto del cual la Directiva no especifica su duración, donde podrán tratarse a mi juicio, temas relativos a las posibilidades técnicas de la intervención o a los costes que la misma producirá, pero en ningún modo podrá hacerse en este momento una valoración sobre la proporcionalidad o necesidad de la medida, test que ya habrá realizado la autoridad de emisión al solicitar la cooperación¹⁹.

¹⁹ Es impensable que la autoridad de emisión solicitase una medida tan invasiva en la esfera privada de los

Según la citada Sección H7, es necesario indicar por qué estima que la medida de investigación es conveniente a efectos del procedimiento penal²⁰, con lo cual la autoridad de emisión ya está poniendo en conocimiento de la autoridad de ejecución, los razonamientos que le han llevado a entender la necesidad de la medida que solicita.

Para la ejecución de cualquiera de estas modalidades, la OEI incluirá la siguiente información²¹:

a) Aquélla que sea necesaria para identificar a la persona objeto de la intervención

b) Duración deseada de la intervención y

c) Datos técnicos suficientes, en particular el identificador de la persona, a fin de garantizar que pueda ejecutarse la solicitud, entre los que se encuentran, teléfono móvil, fijo, dirección de correo electrónico y conexión a internet, del objeto de la intervención.

Del contenido del Considerando 30 se observa que “las posibilidades de cooperación en materia de intervención de las telecomunicaciones no se limitan al contenido de la comunicación, sino que pueden abarcar igualmente la obtención de datos de tráfico y localización correspondiente a tales comunicaciones, lo que permitirá a las autoridades competentes emitir una OEI con vistas a la obtención de datos de telecomunicaciones con menos intrusión en la vida privada”.

Se hace así una distinción entre las solicitudes de intervención que afectan a la comunicación misma, consideradas especialmente intrusivas en el derecho fundamental a la vida privada de los ciudadanos, y aquéllas que tienen por objeto la obtención de datos de tráfico y localización de esas comunicaciones, a las que la Directiva atribuye un menor nivel invasivo, y por ello considera que “debe tratarse con arreglo al régimen general de ejecución de la OEI, y podrá considerarse, en función del

ciudadanos, si no lo considerase proporcional y necesario, de manera que el resultado perseguido no pudiera alcanzarse con otra medida de investigación.

²⁰ Dando cumplimiento a lo dispuesto en el art. 30.4 Directiva 2014/41/CE.

²¹ Según la Sección H7, del Anexo A de la Directiva.

Derecho nacional del Estado de ejecución, como una medida de investigación coercitiva”²², lo cual tendrá evidentes consecuencias en relación a la invocación de motivos de denegación.

Téngase en cuenta, no obstante, que en este caso, se deja cierto margen a los Estados de emisión y ejecución para que puedan acordar entre sí disposiciones prácticas, a fin de superar las posibles diferencias que puedan existir en las legislaciones internas²³.

El apartado 7 del artículo 30 establece que “La autoridad de emisión puede pedir en la solicitud, o durante el curso de la intervención, si tiene motivos particulares para hacerlo, una transcripción, descodificación o descriptado del registro, siempre que cuente con el acuerdo de la autoridad de ejecución²⁴”, si bien los costes derivados de transcripciones, descodificaciones o descriptados serán por cuenta del Estado de emisión²⁵.

Es posible que más de un Estado pueda prestar la asistencia técnica necesaria para la intervención requerida por la autoridad de emisión. En este caso, la solicitud de OEI se enviará con carácter preferente a aquel Estado en cuyo territorio se encuentre la persona objeto de intervención, presuponiendo con ello que el procedimiento será más sencillo técnicamente hablando, y evitando así la colisión que se pudiera producir si la OEI se envía a varios Estados a la vez²⁶.

No obstante, si fuere necesario recabar la asistencia técnica de más de un Estado miembro, se podrá transmitir una OEI a todos ellos²⁷.

A las causas generales de denegación de la ejecución de una OEI previstas en el artículo 11, se añade, para esta medida de investigación concreta, una específica consistente en la posibilidad de denegar la

²² Considerando 30 de la Directiva 2014/41/CE, pág. 5.

²³ Considerando 24 Directiva 2014/41/CE.

²⁴ Art. 30.7 Directiva 2014/41/CE.

²⁵ Sección H7 del Anexo A.

²⁶ Art. 30.2 Directiva 2014/41/CE.

²⁷ Considerando 31 Directiva 2014/41/CE: “No obstante, cuando no pueda recibirse la asistencia técnica de un solo Estado miembro, se podrá transmitir una OEI a más de un Estado de ejecución”.

ejecución de la intervención de las telecomunicaciones “si la ejecución de la medida en cuestión no estuviera autorizada en casos nacionales similares. El Estado miembro de ejecución podrá supeditar su consentimiento a las condiciones que deberían observarse en un caso nacional de características similares”²⁸.

No es más que el reflejo que de la distinción en orden a los motivos de denegación, hace la Directiva entre medidas coercitivas y no coercitivas. Según BACHMAIER WINTER, “Al amparo de esta expresión, el estado de ejecución podrá rechazar la ejecución de una EIO en ausencia de doble incriminación y también si la medida requerida resulta contraria al principio de proporcionalidad”, añadiendo que “Se introduce, sin embargo, la suficiente flexibilidad para que el órgano requerido pueda rechazar ejecutar una medida que es acorde con la valoración del principio de proporcionalidad en el estado de ejecución”²⁹.

Para que la autoridad de ejecución esté en condiciones de evaluar si la medida se autorizaría en un caso interno similar, la autoridad de emisión le debe proporcionar información suficiente, como los datos de la actividad delictiva investigada³⁰.

Por su parte, el artículo 31 regula el supuesto de *Notificación al Estado miembro en el que se encuentre la persona que sea objeto de los procedimientos penales y cuya asistencia técnica no sea necesaria*, disponiendo que “Cuando, a efectos de llevar a cabo una medida de investigación, la autoridad competente de un Estado miembro (“el Estado miembro que realiza la intervención”) autorice la intervención de telecomunicaciones, y se utilice la dirección de comunicaciones de la persona que sea objeto de los procedimientos penales que figura en la orden de intervención en el territorio de otro Estado miembro (“el Estado notificado”) cuya asistencia técnica no se necesite para llevar a cabo

²⁸ Art. 30.5 Directiva 2014/41/CE.

²⁹ BACHMAIER WINTER, L. “La orden europea de investigación y el principio de proporcionalidad”, “La orden europea de investigación y el principio de proporcionalidad”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 25, 2011, pág. 20.

³⁰ Considerando 32 Directiva 2014/41/CE.

dicha intervención, el Estado miembro que realiza la intervención deberá informar a la autoridad competente del Estado notificado de dicha intervención³¹:

a) Antes de la intervención, en aquellos casos en los que la autoridad competente del Estado miembro que realiza la intervención ya esté informada, al ordenar la intervención, de que la persona que sea objeto de los procedimientos penales de la misma se encuentra o se encontrará en el territorio del Estado notificado;

b) Durante la intervención o después de ésta, inmediatamente después de tener conocimiento de que la persona objeto de los procedimientos penales de intervención se encuentra, o se ha encontrado durante la intervención, en el territorio del Estado miembro notificado”.

Como puede observarse, el precepto cambia la denominación utilizada hasta ahora por la Directiva de las partes intervinientes, refiriéndose, no ya a autoridad de emisión y autoridad de ejecución, sino a Estado miembro que realiza la intervención y Estado notificado, al igual que ya ocurría con la regulación de esta modalidad de intervención en el Convenio 2000.

Añadiendo el número 3 del artículo 31 que, “En los casos en que la intervención no se autorizaría en un caso interno similar, la autoridad competente del Estado miembro notificado podrá notificar sin demora a la autoridad competente del Estado miembro que realiza la intervención, y a más tardar en un plazo de 96 horas desde la recepción de la notificación contemplada en el apartado 1, que:

a) no podrá efectuarse la intervención o que se pondrá fin a la misma; y

b) si fuera necesario, que no podrá utilizarse el posible material ya intervenido mientras la persona que sea objeto de la intervención se encontraba en su territorio, o que sólo podrá utilizarse en las condiciones que aquella especifique. La autoridad competente del Estado miembro notificado informará a la autoridad competente del Estado que realiza la

³¹ A través del Anexo C, que proporciona la propia Directiva.

intervención de los motivos de estas condiciones”.

III. CONCLUSIONES.

Se contemplan en la Directiva los dos grandes sistemas de intervención de las telecomunicaciones, herederos de los ya contenidos en el artículo 18 del Convenio 2000, esto es, la transmisión inmediata de las telecomunicaciones al Estado de emisión o la intervención, registro y ulterior transmisión del resultado de la intervención de las telecomunicaciones al Estado de emisión, aunque sin establecer preferencia alguna entre ellos, y con una regulación significativamente más simple en la que no se distingue si la persona a investigar se encuentra o no en el territorio del Estado requirente, requerido o en el de un tercer Estado, a tenor de lo establecido en el número 2 del artículo 30.

También se mantiene, respecto al Convenio 2000³², la información necesaria que habrá de incluir toda OEI en materia de intervención de comunicaciones, en concreto, los datos de la actividad delictiva investigada, para que la autoridad de ejecución esté en condiciones de evaluar si la medida se autorizaría en un caso interno similar³³, lo que

³² Art. 18.3 Convenio de Asistencia Judicial en materia penal: “No obstante lo dispuesto en el artículo 14 del Convenio europeo de asistencia judicial y en el artículo 37 del Tratado Benelux, las solicitudes con arreglo al presente artículo incluirán los datos siguientes:

- a) autoridad que formula la solicitud;
- b) confirmación de que existe un mandamiento o una orden de intervención legal en relación con una investigación penal;
- c) información para identificar a la persona objeto de la intervención;
- d) conducta delictiva que se investiga;
- e) duración deseada de la intervención;
- f) si es posible, datos técnicos suficientes, en particular el número pertinente de conexión a la red, a fin de garantizar que pueda ejecutarse la solicitud.

³³ Considerando 32 Directiva 2014/41/CE.

debe ponerse en relación con las causas de denegación de la ejecución de una OEI³⁴.

Otra de las novedades, es que no se regula el sistema de intervención de telecomunicaciones en el territorio nacional por medio de proveedores de servicios, sí recogido en el artículo 19 del Convenio de Asistencia Judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea del 2000³⁵.

Por último, se mantiene el muy controvertido³⁶ sistema de “Notificación al Estado miembro en el que se encuentre la persona que sea objeto de los procedimiento penales y cuya asistencia técnica no sea necesaria”, al que dedica el artículo 31, en una regulación prácticamente idéntica a la recogida en el artículo 20 del Convenio de Asistencia Judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea del 2000.

³⁴ Ver: BACHMAIER WINTER, L., “La orden europea de investigación...”, op. cit., págs. 15-17.

³⁵ Se trata de una asistencia meramente técnica, en la que el Estado que cuenta con una estación terrestre en su territorio no participa en absoluto en la intervención, sino que simplemente la hace posible al permitir el acceso a la estación, y son las autoridades del Estado requirente las que practican la intervención.

³⁶ El propio Parlamento Europeo señala que “el verdadero problema, sin embargo, lo constituye el artículo 18 (futuro art. 20), en el que se establece la posibilidad de intervenir “personas” en el territorio de otro Estado miembro sin solicitar asistencia técnica de este último. Se entra, aquí, en un verdadero y propio terreno minado en el que, por una parte, existen algunos Estados que quieren mantener la posibilidad de llevar a cabo investigaciones totales en otro Estado, para garantizar la propia seguridad nacional (¿servicios secretos?), negándose a pasar por las horcas caudinas del procedimiento de autorización por parte de la autoridad judicial; por otra, hay Estados que, precisamente para poder controlar tal tipo de investigaciones, quieren supeditar su desarrollo a una autorización previa de la autoridad. Sin embargo, de esta forma se termina reconociendo la posibilidad de recurrir al instrumento técnico de las intervenciones telefónicas también de una manera preventiva, y no sólo a raíz de la comisión de delitos y de la existencia de indicios suficientes contra una persona que pueda estar implicada en la actividad criminal por la cual se emprende la acción”. UNIÓN EUROPEA. PARLAMENTO EUROPEO. COMISIÓN DE LIBERTADES Y DERECHOS DE LOS CIUDADANOS, JUSTICIA Y ASUNTOS INTERIORES, Informe sobre el proyecto de acto del Consejo por el que se celebra el Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, FINAL A5-0019/2000, de 31 de enero de 2000, pág. 51-52. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A5-2000-0019+0+DOC+PDF+V0//ES>

La única novedad en este punto y que no se contemplaba en el citado artículo 20, radica en el hecho de exigir la notificación por parte del Estado que realiza la intervención también en el caso de que la intervención ya hubiere finalizado, supuesto no poco frecuente cuando el sujeto se encuentre en localidades transfronterizas.

BIBLIOGRAFÍA

ARNÁIZ SERRANO, A., “Evolución de la cooperación judicial penal internacional: en especial, la cooperación judicial penal en Europa”. En: ARNÁIZ SERRANO, A., (coord.), *Cooperación judicial penal en Europa*, Editorial Dykinson, Madrid, 2013.

BACHMAIER WINTER, L., “La orden europea de investigación y el principio de proporcionalidad”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 25, 2011.

BUJOSA VADELL, L. M., “Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales penales: estado de la cuestión en la Unión Europea”, *Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, núm. 13, 2003.

DE PRADA SOLAESA, J. R., “Introducción”. En: JUANES PECES, Á. (Dir.), *Cooperación Jurídica Penal Internacional, Memento Experto*, Lefebvre-El Derecho, S.A., Madrid, 2016.

GONZÁLEZ MONJE, A., “El recurso a técnicas especiales de investigación en la lucha contra la ciberdelincuencia. Especial referencia al Convenio sobre Ciberdelincuencia del Consejo de Europa, de 23 de noviembre de 2001”. En: PÉREZ ÁLVAREZ, F. y ZÚÑIGA RODRIGUEZ, L., (Dir.), *Instrumentos jurídicos y operativos en la lucha contra el tráfico internacional de drogas: memorias del Proyecto I.F.O. Illegal Flow Observation JUST/2011/ISEC/DRUGS/AG/3671*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

JUSTICE, *Briefing on the European Investigation Order for Council and Parliament*, London, 2010. Disponible en: <http://www.statewatch.org/news/2010/aug/eu-justice-briefing-eio.pdf>.

PARRA GARCÍA, J., “El nuevo régimen de las solicitudes de asistencia judicial en materia penal”, *Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, núm. 13, 2003.

PENÍN ALEGRE, C., “Nuevos instrumentos de cooperación jurídica internacional con Iberoamérica.” En: GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., (Dir.), *Investigación y prueba en el proceso penal*, Editorial Colex, Madrid, 2006.

SÁNCHEZ MELGAR, J., “Las nuevas tecnologías y la interceptación de las comunicaciones en el proceso penal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Interceptación de las comunicaciones y nuevas tecnologías*, Cuadernos Digitales de Formación, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, Vol. 43, 2010.

SÁNCHEZ SISCART, José Manuel. “Cooperación Judicial Penal. Exposición del marco normativo. Instituciones, recursos de información y herramientas web. Especial consideración a la herramienta www.prontuario.org”. En: *Reconocimiento y ejecución de resoluciones penales en el espacio judicial europeo*. Cuadernos Digitales de Formación, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2010.

UNIÓN EUROPEA. PARLAMENTO EUROPEO. COMISIÓN DE LIBERTADES Y DERECHOS DE LOS CIUDADANOS, JUSTICIA Y ASUNTOS INTERIORES, Informe sobre el proyecto de acto del Consejo por el que se celebra el Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, FINAL A5-0019/2000, de 31 de enero de 2000. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A5-2000-0019+0+DOC+PDF+V0//ES>

UNIÓN EUROPEA, Informe explicativo del Convenio de 29 de mayo de 2000, relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados

miembros de la Unión Europea, DOCE C 379/7, de 29 de diciembre de 2000.

UNIÓN EUROPEA, *Initiative of the Kingdom of Belgium, the Republic of Bulgaria, the Republic of Estonia, the Kingdom of Spain, the Republic of Austria, the Republic of Slovenia and the Kingdom of Sweden for a Directive of the European Parliament and of the Council regarding the European Investigation Order in criminal matters. Explanatory Memorandum*, 9288/10 ADD 1, COPEN 117 EUROJUST 49 EJN 13 PARLNAT 13 CODEC 384, de 3 de junio de 2010.

UNIÓN EUROPEA, Iniciativa del Reino de Bélgica, la República de Bulgaria, la República de Estonia, el Reino de España, la República de Austria, la República de Eslovenia y el Reino de Suecia con vistas a la adopción de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa relativa al exhorto europeo de investigación en materia penal. COPEN 15, CODEC 363, EUROJUST 47, EJN 12, DO C 165/22 (2010/C 165/02), de 24 de junio de 2010.

UNIÓN EUROPEA, *Note from Presidency to Working Party on Cooperation in Criminal Matters, subject Initiative of the Kingdom of Belgium, the Republic of Bulgaria, the Republic of Estonia, the Kingdom of Spain, the Republic of Austria, the Republic of Slovenia and the Kingdom of Sweden for a Directive of the European Parliament and of the Council regarding the European Investigation Order in criminal matters - Follow-up document of the meeting on 12-13 July 2010*, 12201/10, COPEN 157 EUROJUST 68 EJN 24 CODEC 687, de 20 de julio de 2010. Disponible en: <http://www.statewatch.org/news/2010/jul/eu-council-io-12201-10.pdf>

UNIÓN EUROPEA. Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014 relativa a la Orden Europea de Investigación en materia penal, DO L 130/1, de 1 de mayo de 2014. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0041>

Lidia Paloma Montaña,
Magistrada

Juzgado de Instrucción número 2 de Denia
Punto de Contacto de la Red Judicial Europea

RESUMEN: La orden europea de detención y entrega es una resolución judicial dictada en un Estado miembro de la Unión Europea con vistas a la detención y la entrega por otro Estado miembro de una persona a la que se reclama para el ejercicio de acciones penales o para la ejecución de una pena o una medida de seguridad privativas de libertad o medida de internamiento en centro de menores. Esta es la definición que contiene el artículo 34 de la Ley 23/2014 de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. Asimismo, es la recogida en la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros. Hoy en día el instrumento es aplicable en los veintiocho países miembros de la Unión Europea. Por tanto, el sistema de entregas excluye de su aplicación territorial a Noruega e Islandia, aunque participen del Convenio Schengen

VOCES: Orden Europea de Detención. Criminalidad transfronteriza. Reconocimiento Mutuo. Obtención de Pruebas.

I. Introducción

Más de una década después de que el Tratado de Ámsterdam previera la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea, los Estados miembros, y entre ellos España, siguen reforzando sus mecanismos de cooperación judicial a través de la aplicación de sus dos principios básicos: la armonización de legislaciones y el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales.

La Orden de detención europea, nació con la vocación de ser un procedimiento judicial simplificado y transfronterizo que permitiera la detención y en su caso la entrega de una persona acusada, investigada o condenada en un procedimiento penal. La idea maestra de la que emanaba este instrumento, no era otra que la confianza mutua entre los

Estados miembros, el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales.

Y así es como ha venido funcionando hasta el momento. El número de ODE emitidas y ejecutadas ha ido en aumento cada año y la valoración general de los tribunales sobre el resultado de este instrumento es sumamente positivo. Los contratiempos en la ejecución de ODE emitidas en casos de relevancia pública no pueden empañar el éxito de esta medida. La labor que diariamente realizan jueces, fiscales y miembros de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado para ejecutar las Ordenes de detención debe ser alabado y comentado en voz alta. El mundo actual se mueve por estadísticas y en esta materia las cifras hablan por si solas del éxito de este instrumento. Los operadores jurídicos podemos estar satisfechos del avance que la ODE ha supuesto en la investigación criminal, y debemos proclamar que el reconocimiento mutuo sigue siendo la piedra angular en el avance de los procedimientos penales en el seno de la Unión Europea. En el campo policial se ha fomentado la prevención, detección e investigación de delitos, la implementación de bases de datos conjuntas y el control de fronteras exteriores, entre otras medidas. Los miembros policiales han desplegado todo su esfuerzo para conseguir el éxito de las detenciones europeas acordadas judicialmente. Y asimismo, en el campo judicial, se han desarrollado operaciones conjuntas, reuniones de coordinación, contactos por correo electrónicos etc, para garantizar la ejecución de este instrumento

Pero la realidad judicial ha obligado avanzar en la interpretación y ejecución de este instrumento de reconocimiento mutuo. La jurisprudencia nacional de cada uno de los Estados miembros, junto con la jurisprudencia del TJUE han hecho su trabajo, de manera que a día de hoy es inevitable reconocer que en la ejecución de una ODE, los Estados miembros han de conjugar el principio de reconocimiento mutuo con otro principio general del derecho, cual es el principio de proporcionalidad y con un derecho fundamental, el derecho a la tutela judicial efectiva.

II- Principio de reconocimiento mutuo

El principio de reconocimiento mutuo, basado en la confianza mutua entre los Estados miembros y consagrado en el Consejo Europeo de Tampere como la «piedra angular» de la cooperación judicial civil y penal en la Unión Europea, ha supuesto una auténtica revolución en las relaciones de cooperación entre los Estados miembros, al permitir que aquella resolución emitida por una autoridad judicial de un Estado miembro sea reconocida y ejecutada en otro Estado miembro, salvo cuando concurra alguno de los motivos que permita denegar su reconocimiento. Finalmente, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ha supuesto la consagración como principio jurídico del reconocimiento mutuo, en el que, según su artículo 82, se basa la cooperación judicial en materia penal.

Este modelo de cooperación judicial ha supuesto, como sabemos, un cambio radical en las relaciones entre los Estados miembros de la Unión Europea, al sustituir las antiguas comunicaciones entre las autoridades centrales o gubernativas, por la comunicación directa entre las autoridades judiciales, suprimir el principio de doble incriminación en relación con un listado predeterminado de delitos y regular como excepcional el rechazo al reconocimiento y ejecución de una resolución, a partir de un listado tasado de motivos de denegación. Además, se ha logrado simplificar y agilizar los procedimientos de transmisión de las resoluciones judiciales, mediante el empleo de un formulario o certificado que deben completar las autoridades judiciales competentes para la transmisión de una resolución a otro Estado miembro.

Así pues, el principio de reconocimiento mutuo se ha impuesto en el seno de la Unión Europea, siendo aplicable en cada una de las fases del proceso penal, tanto antes, como durante e incluso después de dictarse la sentencia condenatoria.

La primera vez que en el ámbito del Derecho penal se plasmó este principio en un instrumento jurídico de la Unión Europea, fue, precisamente, en la Decisión Marco 2002/584/JAI, relativa a la orden europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, por un proceso de entrega dotado de mayor rapidez y seguridad jurídica. Esta

norma fue inmediatamente incorporada al Derecho español, como sabemos, a través de la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega y la Ley Orgánica 2/2003, de 14 de marzo, complementaria de la anterior. Actualmente la regulación se contiene en la Ley 23/ 2014 de reconocimiento mutuo resoluciones judiciales.

Este principio ha provocado en los Estados miembros la obligación de afrontar una intensa labor legislativa para incorporar a sus ordenamientos las disposiciones aprobadas hasta el momento en el ámbito de la Unión Europea, y siempre teniendo en cuenta tanto su legislación y jurisprudencia interna como la jurisprudencia y legislación de la Unión Europea. Y ahí es donde precisamente se ha planteado en los últimos años, el principal caballo de batalla para la armonización de las legislaciones y la jurisprudencia. Por ello, no debe perderse de vista que una vez dictada la norma interna, la interpretación de la misma no podrá obviar las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión ni la normativa europea. El artículo 4 de la Ley de reconocimiento mutuo española, señala que la interpretación de las normas contenidas en la Ley, se realizará de conformidad con las normas de la Unión Europea reguladoras de cada uno de los instrumentos de reconocimiento mutuo. Este artículo no hace sino incorporar la jurisprudencia sobre este particular de la Unión Europea recogida en sentencias como la Sentencia del Tribunal de Justicia c-105/03, Pupino, 16-6-2005.

No puede olvidarse que los Tribunales internos de cada Estado miembro por un lado, y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por otro, tiene la obligación de velar en cada caso por el respeto y el cumplimiento del derecho, por la protección de los derechos fundamentales y por la defensa de la soberanía nacional, todo ello en consonancia con el principio de reconocimiento mutuo.

Para sentar las bases comunes del principio de reconocimiento mutuo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se ha venido pronunciando desde el inicio sobre la interpretación de distintos aspectos de la Decisión Marco y otros conceptos jurídicos que podrían ser de aplicación. Así, la ya mencionada Sentencia del Tribunal de Justicia c-

105/03, Pupino, 16-6-2005, o la Sentencia del Tribunal de Justicia c-303/05 *Advocaten voor de Wereld*, 3-5-2007 en la que el Alto Tribunal tuvo oportunidad de dejar claro que la Decisión Marco relativa a la ODE no vulneraba el principio de legalidad penal, igualdad y discriminación. Ahora bien, los cambios en la doctrina del Tribunal de Justicia han sido evidentes a la vista de la evolución en la práctica del uso de este Instrumento y sobre todo al ser cuestionado por los tribunales internos de los Estados Miembros. En 2013, el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 26 de febrero c-399/11, *Stefano Melloni*, negó taxativamente que existieran motivos que pudieran completar el elenco cerrado de causas de denegación de la ejecución de una ODE contenidas en la Decisión Marco. Sin embargo, las dudas que esta declaración provoca en los Tribunales de los Estados Miembros, da pie a que en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de abril de 2016 c-404/15 y c-659/15, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea admitiera que existen motivos para suspender la entrega de sujetos no incluidos en los supuestos de los artículos 3 a 5 de la Decisión Marco. Y ahondando aún mas, el Tribunal de Justicia en la sentencia de 29 de junio de 2017 c-579/15 ha declarado que la Decisión Marco no contiene una lista cerrada de causas de denegación de la ODE. No obstante lo anterior, el principio de reconocimiento mutuo sigue siendo la base principal en la cooperación judicial internacional.

III- Principio de proporcionalidad

La interpretación de las normas con arreglo a los principios generales del derecho, forma parte de la esencia misma del derecho. Y en ese sentido se han venido pronunciando los Tribunales de los Estados Miembros. Y uno de los principios que ha venido ganando fuerza es el principio de proporcionalidad. En consecuencia, en la ejecución del instrumento de reconocimiento mutuo al que me estoy refiriendo, la ODE, no puede obviarse la gravedad de los delitos y penas y el recurso a otros instrumentos de cooperación judicial.

Aunque la *Decisión Marco sobre la Euroorden* no indica nada al respecto, las graves consecuencias que acarrea para la libertad de la persona reclamada y la restricción que implica para la libre circulación de personas y, desde un punto de vista económico, los gastos que supone para el Estado de ejecución (asistencia judicial, costes de interpretación y traducción, gastos penitenciarios, etc.), deberían llevar a la autoridad judicial antes de proceder a la emisión de una ODE a verificar que su uso sea proporcionado. Por ello, la Comisión aconseja tener en cuenta una serie de factores: la gravedad de la infracción por la que se reclama al sujeto, la sanción susceptible de imponérsele; la posibilidad de que sea detenido en el Estado de emisión tras la entrega y los intereses de las víctimas.

Asimismo, el juez de emisión tendría que plantearse otras vías de cooperación judicial menos restrictivas de derechos como podría ser la realización de una videoconferencia que requiere el consentimiento del acusado. Esa opción la establece el ordenamiento español en el art. 38 de la Ley 23/2014 de 20 de noviembre *de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea*. En definitiva, deberá valorarse la conveniencia y proporcionalidad de emitir una ODE teniendo en cuenta los hechos investigados, el delito que constituyen y las circunstancias del delincuente.

En este instrumento de reconocimiento mutuo debe distinguirse entre delitos incluidos en la lista de infracciones que aparecen en el art. 2.2 de la *Decisión Marco* y aquellos otros que no están en dicha lista.

Cuando se trata de delitos incluidos en la lista, no se procede al control de la doble tipificación o doble incriminación, es decir, no es necesario que el delito objeto de la ODE esté tipificado como tal en el Estado miembro de ejecución. Sin embargo, la ausencia de control solo es posible cuando la pena o medida de seguridad privativa de libertad máxima con la que se castiga dicho delito es al menos de 3 años.

Si, por el contrario, el delito no aparece en la lista de infracciones del art. 2.2 el marco punitivo de referencia es distinto, pues debe tratarse de una pena o medida de seguridad privativa de libertad con una

duración máxima de al menos 12 meses (4 meses cuando se trata de una ODE a efectos de cumplimiento de una condena).

El mayor problema que plantea el caso de delitos incluidos en la lista al emitir una ODE es el de determinar hasta qué punto los hechos objeto del procedimiento son subsumibles o no en alguna de las categorías prescritas en la lista. Y ello es así, puesto que algunas categorías no tienen correspondencia con tipos penales en algunos EEMM (por ejemplo, el tráfico ilícito de órganos y tejidos humanos en nuestro país), o bien tienen una denominación diferente (por ejemplo, en España los delitos de alta tecnología). En otros casos se trata de conceptos jurídicos indeterminados, con una definición en general muy amplia, como ocurre con los delitos relacionados con la corrupción.

Precisamente, para saber si un concreto delito tiene cabida en una de las categorías de infracciones de la lista, se suele recurrir a los convenios internacionales o normas europeas que han armonizado determinados tipos penales, como sería el caso de las decisiones marco y directivas.

Por tanto, la aplicación del principio de doble incriminación no puede llevar a exigir una identidad de normas en los ordenamientos del Estado de emisión y del Estado de ejecución. Nuestro Tribunal Constitucional ya en auto de 27 de enero de 1997, ya indicaba que el principio de doble tipificación no requiere una identidad de las normas penales en ambos Estados ni una misma denominación en ambos ordenamientos, ni tampoco que las normas penales en cada Estado sean idénticas.

En el ámbito europeo, el TJUE tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la cuestión en el caso C-289/15, *Grundza*, de 11 de enero de 2017. A este respecto, estableció que lo que el juez del Estado de ejecución debe comprobar es si las acciones de que se trata constituyen infracción en virtud de su Derecho nacional, sean cuales fueren sus elementos constitutivos o la calificación de la misma. No es necesario, pues, “que se trate de infracciones idénticas en ambos Estados”. Lo importante es “comprobar si los hechos que dan lugar a la infracción (...) también

estarían sujetos, en cuanto tales, a una sanción penal en el territorio del Estado de ejecución si se hubieran producido en dicho territorio” (§47). Es más, “lo que la autoridad competente del Estado de ejecución debe comprobar no es si ha resultado lesionado el interés protegido por el Estado de emisión, sino que debe tratar de determinar si, en el supuesto de que la infracción en cuestión se hubiera cometido en el territorio del Estado miembro al que pertenece aquella autoridad, se habría considerado que un interés semejante, protegido por el Derecho nacional de ese Estado, ha resultado lesionado” (§49). En consecuencia, no es relevante el *nomen iuris*, lo que importa es que haya otro delito que, aun no recibiendo el mismo nombre que en el Estado de emisión, tenga cobertura legal para los hechos que se imputan al sospechoso. El examen del bien jurídico protegido puede ayudar en la comprobación de la doble tipificación. Así pues, el concepto de doble incriminación debe entenderse en sentido muy amplio.

Una vez valorada la concurrencia de la doble incriminación, entre los Estados miembros se viene imponiendo la necesidad de que por parte del Estado de ejecución, pueda valorarse si la petición de detención y en su caso entrega de un individuo, es o no ajustada al principio de proporcionalidad. Sin duda no es una cuestión baladí, porque supone incorporar un plus en la ejecución del instrumento que no viene recogida en la Decisión Marco, pero que los tribunales internos vienen aplicando en defensa de su derecho interno y en el ejercicio de su soberanía nacional. En el plano teórico esta tendencia choca frontalmente con el espíritu del principio de reconocimiento mutuo en la cooperación internacional. Sin embargo, en el plano práctico debe considerarse que no hace sino reforzar la eficacia del instrumento, garantizando en términos generales que su uso no sea desmedido, antieconómico o que carezca de eficacia práctica, y dejando finalmente en manos del TJUE el control de supuestos en los que la denegación de una detención o una entrega por aplicación del principio de proporcionalidad suponga una quiebra frontal a la confianza mutua entre los Estados de la UE que tanto esfuerzo ha costado establecer.

IV.- Derecho a la tutela judicial efectiva.

Junto al principio de proporcionalidad hay un derecho fundamental que la cooperación judicial debe tener presente. Se trata del derecho a la tutela judicial efectiva.

En el seno de la Unión Europea se ha venido manteniendo el principio con arreglo al cual, el juez del Estado miembro de ejecución no puede controlar el respeto de los derechos fundamentales por parte del Estado miembro de emisión. El Tribunal de Justicia de la UE, en su Dictamen 2/2013 de 18 de diciembre, estableció una presunción casi *iuris et de iure* de confianza en que lo que acontece en otro Estado miembro es respetuoso con el Derecho de la Unión y los derechos fundamentales reconocidos por dicho ordenamiento. En virtud de esta confianza, los EEMM no pueden ni exigir a otro Estado un nivel de protección nacional de los derechos fundamentales superior al garantizado por el Derecho de la Unión, ni “verificar, salvo en supuestos excepcionales, si ese otro Estado miembro ha respetado efectivamente, en un caso concreto los derechos fundamentales garantizados por la Unión” (&192).

El Tribunal de Luxemburgo, se enfrentó a un caso de posible vulneración de derechos fundamentales en el marco de la cooperación judicial en el asunto *Radu*. El Sr. Radu, sospechoso de haber cometido un delito de robo con violencia fue solicitado por Alemania a Rumanía. Durante el procedimiento de entrega alegó la violación de su derecho a un proceso justo al no haber tenido la oportunidad de ser oído y defenderse con un abogado antes de que el juez alemán emitiera la ODE. El TJUE resolvió el asunto, declarando que la persona reclamada no tiene que ser escuchada antes de emitir una ODE, pues se privaría de toda eficacia a la ODE al eliminar el elemento sorpresa de la detención. Por otro lado, tiene derecho a ser escuchada ante las autoridades del Estado miembro de ejecución.

En relación con esta última cuestión debe tenerse presente la modificación introducida en la Ley 23/2014 por la Ley 3/2018., que modifica en primer lugar el capítulo de ejecución de la orden europea de

detención y entrega con vistas a adecuarlo a las exigencias de los derechos establecidos para el detenido por la Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, así como a los derechos recogidos en la Directiva (UE) 2016/800 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales. Así el nuevo artículo 38 de la ley 23/2014, establece que con carácter previo a la emisión de una orden europea de detención y entrega, el juez competente podrá solicitar autorización al Estado en el que se encuentre la persona reclamada con el fin de tomarle declaración a través de una solicitud de auxilio judicial. La aplicación de estas nuevas Directivas van a suponer un antes y un después en el emisión y ejecución de la ODE para adecuarla al derecho de asistencia de letrado que recogen las mismas.

En otra ocasión en concreto en el caso *Caldararu y Aranyosi*, el TJUE volvió a resolver sobre la cuestión de protección de un derecho fundamental. En concreto, se discutía si el juez de ejecución podía denegar la entrega cuando las condiciones de detención no fuesen adecuadas desde el punto de vista del art. 3 CEDH relativo a la prohibición de tortura y tratos inhumanos o degradantes. El TJUE volvió a indicar en la línea de su *Dictamen 2/2013* que un control de estas características por parte del juez de ejecución en principio está prohibido salvo que concurren circunstancias excepcionales. En este sentido, señaló que la autoridad de ejecución tras advertir un riesgo genérico de vulneración de derechos fundamentales, debía examinar el impacto que tendría la entrega en los derechos del sujeto en cada caso específico. Para ello tendría que solicitar información urgente al Estado miembro de emisión a través del art. 15.2 de la Decisión marco sobre las condiciones de reclusión a las que estará sometida la persona objeto de entrega. Con esa información adicional el riesgo genéricamente advertido se individualiza y se puede sortear a través de una solución concreta que dará la autoridad judicial del Estado miembro de emisión. Si pese a todo,

la existencia del riesgo persistiese una vez transcurrido un periodo de tiempo razonable o las garantías que hubiese dado la autoridad judicial de emisión no fuesen aceptables, el juez de ejecución tendría que decidir si poner fin al procedimiento de entrega. Lo que no queda tan claro en *Caldararu y Aranyosi*, es si otras violaciones de derechos fundamentales activarían el motivo de denegación o si, por el contrario, sólo opera en el caso de derechos absolutos como la prohibición de tortura.

El derecho evoluciona con el desarrollo de los acontecimientos, se nutre de ellos, y saca su mejor jugo. La conjugación de los distintos derechos nacionales no hace sino enriquecer los instrumentos de reconocimiento mutuo, que acaban finalmente aderezados con cada una de sus peculiaridades. Las dificultades que en la ejecución de las ODE se han venido produciendo, son mínimas comparadas con el éxito que en la lucha contra la delincuencia ha supuesto este instrumento. Afortunadamente la labor de todos los juristas y sobre todo del TJUE está al servicio de la conciliación en caso de discrepancia. No nos dejemos vencer por los casos mediáticos que ponen en duda la eficacia de la ODE. La realidad para todos los que trabajamos a diario con este instrumento es otra: su eficacia es indudable. Ahora bien, estamos ante una nueva era, en la que la cooperación judicial internacional no va ser nunca mas mecánica, y en la que el principio de reconocimiento mutuo va a ir de la mano de otros principios esenciales en el derecho como es el principio de proporcionalidad, y en la que derechos fundamentales como el derecho a la tutela judicial efectiva van a buscar su espacio. Pero todo ello será en pro de una mejor y mas eficaz cooperación judicial internacional en ese espacio común creado y que hemos llamado Unión Europea.