

TESIS DOCTORAL

2020

OBTENCIÓN EFICAZ DE LA PRUEBA TRANSFRONTERIZA EN LA UNIÓN EUROPEA

JOSE MANUEL PÉREZ ROMERO



PROGRAMA DE DOCTORADO EN LA UNIÓN
EUROPEA

Directora: D^a. MARÍA JOSÉ CABEZUDO BAJO

A mis padres, Manuel y Antonia, por haber consagrado su vida a sus hijos.

A Susana y a mis hijos, Jesús y Raúl, por ser mi apoyo constante y mi razón para vivir.

A María José Cabezudo, por su inestimable dirección y por su plena dedicación

A Raúl Centeno y a Fernando Trapero, vilmente asesinados por la banda terrorista ETA en Capbreton, en diciembre de 2007.

ÍNDICE

CAPÍTULO I: JUSTIFICACIÓN DEL TRABAJO: ESTADO DE LA CUESTIÓN, IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA, HIPÓTESIS DE PARTIDA, METODOLOGÍA Y OBJETIVOS	1
I. JUSTIFICACIÓN DEL TRABAJO	1
II. ESTADO DE LA CUESTIÓN	5
1. Normativa surgida fuera del ámbito de la EU: Consejo de Europa.....	6
2. La producción normativa relativa al intercambio de pruebas en la Unión Europea ..	14
2.1. Hitos fundamentales en el desarrollo del ejercicio del <i>ius puniendi</i> dentro de la EU	15
2.2. La protección de los derechos fundamentales de naturaleza procesal	40
III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS.....	46
IV. HIPÓTESIS DE PARTIDA.....	52
V. METODOLOGÍA.....	53
VI. OBJETIVOS	56
CAPÍTULO II: ASPECTOS COMUNES DE LA ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA OBTENIDA EN EL ÁMBITO DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL EN LA EU	61
I. JUSTIFICACIÓN DEL CAPÍTULO	61
II. EL DERECHO A UN PROCESO PENAL EQUITATIVO Y LA TRANSFERENCIA EFICAZ DE LA PRUEBA EN LA EU	66
III. SISTEMAS DE COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL	73
1. La asistencia judicial mutua (MA)	73
2. El reconocimiento mutuo (MR).....	77
3. <i>Forum y locus regit actum</i>	84
IV. EL PAPEL DE LAS INSTITUCIONES EUROPEAS EN LA OBTENCIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA.....	87
1. Magistrados de Enlace	89
2. Red Judicial Europea	92
3. EUROJUST	93

4. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (CJEU)	95
V. LA VALIDEZ PROBATORIA TRANSNACIONAL DESDE LA PERSPECTIVA ESPAÑOLA	103
VI. RECAPITULACIONES.....	108
CAPÍTULO III: LA OBTENCIÓN DE LA PRUEBA TRANSFRONTERIZA A TRAVÉS DE LOS EQUIPOS CONJUNTOS DE INVESTIGACIÓN EN LA EU.....	113
I. JUSTIFICACIÓN DEL CAPÍTULO	113
II. CONCEPTO Y REGULACIÓN	116
III. ANÁLISIS DE LA NATURALEZA Y ESTRUCTURA DE LOS JIT	121
1. Constitución del JIT	123
2. Composición y funcionamiento de los JIT	130
3. El papel de las agencias europeas en el funcionamiento de los JIT	136
IV... VALOR PROBATORIO DE LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN OBTENIDOS POR UN JIT.....	140
V. VALORACIÓN DE LA EFICACIA A JUDICIAL Y POLICIAL DE LOS JIT	152
VI. RECAPITULACIONES.....	155
CAPÍTULO IV: LA ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ENTREGA Y SUS APLICACIONES EN LA OBTENCIÓN DE LA PRUEBA TRANSFRONTERIZA.....	159
I. JUSTIFICACIÓN DEL CAPÍTULO	159
II. CONCEPTO Y REGULACIÓN	163
III. ANÁLISIS DEL FUNCIONAMIENTO DE LA EAW	169
1. Motivos de denegación	173
2. El principio de especialidad	177
3. El papel de EUROJUST y de la Red Judicial Europea.....	180
4. La ejecución de una EAW en España	181
IV... EL VALOR PROBATORIO DE LOS MEDIOS DE PRUEBA OBTENIDOS EN LA EJECUCIÓN DE UNA EAW	185
V. VALORACIÓN DE LA EFICACIA JUDICIAL Y POLICIAL DE LA EAW	193
VI. COMPARACIÓN ENTRE LA EAW Y LA EIO	197
VII. RECAPITULACIONES.....	199

CAPÍTULO V. “LA OBTENCIÓN DE LA PRUEBA TRANSFRONTERIZA A TRAVÉS DE LA ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACIÓN EN MATERIA PENAL”	203
I. JUSTIFICACIÓN DEL CAPÍTULO	203
II. CONCEPTO Y REGULACIÓN	208
III. ANÁLISIS DEL FUNCIONAMIENTO DE LA EIO.....	210
1. Autoridad competente para la emisión de una EIO.....	212
2. Procedimientos en los que puede emitirse una EIO	216
3. Motivos de denegación y no reconocimiento de una EIO	217
4. Aplicación de las normas procesales del Estado de emisión en territorio ajeno.....	233
5. Medidas de investigación disponibles a través de una EIO	234
6. Medidas de investigación para las que se establecen disposiciones específicas	235
7. Medidas de investigación de especial interés y sin regulación específica en la DEIO.....	247
8. El papel de EUROJUST y de la Red Judicial Europea en la EIO	257
9. La ejecución de una EIO en España	263
IV. VALOR PROBATORIO DE LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN OBTENIDOS A TRAVÉS DE UNA EIO.....	269
V. VALORACIÓN DE LA EFICACIA JUDICIAL Y POLICIAL DE LAS EIO	273
1. Valoración de la eficacia judicial en la EU	274
2. Valoración de la eficacia judicial de la EIO en España.....	285
3. Valoración de la eficacia policial de la EIO en España.....	289
VI. RELACIÓN DE LA EIO CON OTROS INSTRUMENTOS DE COOPERACIÓN PROCESAL PENAL..	293
VII. RECAPITULACIONES.....	295
CAPÍTULO VI. PROPUESTAS PARA CONTRIBUIR A MEJORAR LA EFICACIA DE LA COMPARTICIÓN DE LA PRUEBA TRANSFRONTERIZA EN LA UNIÓN EUROPEA	303
I. JUSTIFICACIÓN DEL CAPÍTULO	303
II. PROPUESTAS COMUNES Y TRANSVERSALES PARA MEJORAR LA ADMISIBILIDAD DE LAS PRUEBAS TRANSFRONTERIZAS EN EL ÁMBITO DE LA EU	306

1. Estándares procesales europeos diseñados para mejorar la admisibilidad de las pruebas transfronterizas en el ámbito de la Unión Europea	307
2. Nuevas aportaciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para mejorar la eficacia procesal de la prueba transfronteriza.....	330
3. El refuerzo del ejercicio de la defensa en la obtención de prueba transfronteriza..	337
4. La importancia de la formación en la eficacia de la cooperación procesal penal.....	340
III. PROPUESTAS PARA OPTIMIZAR EL FUNCIONAMIENTO DE LOS EQUIPOS CONJUNTOS DE INVESTIGACIÓN Y MEJORAR LA ADMISIBILIDAD DE LOS RESULTADOS DE LOS MISMOS.	341
IV. PROPUESTAS ORIENTADAS A MEJORAR LA EJECUCIÓN DE LA ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ENTREGA EN SU VERTIENTE DE OBTENCIÓN DE PRUEBAS	345
V. PROPUESTAS PARA MEJORAR EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LA ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACIÓN Y PARA INCREMENTAR LA EFICACIA PROCESAL DE LOS MEDIOS DE PRUEBA OBTENIDOS	348
CAPÍTULO VII. CONCLUSIONES.....	367
BIBLIOGRAFÍA	379

ABREVIATURAS

AC	Acción Conjunta
AFSJ	Area of Freedom, Security and Justice.
CEJ	Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
ChFREU	Charter European of fundamental rights
CJEU	Court of Justice of the European Union.
DEA	Drug Enforcement Agency
DEIO	Directive of the European Investigation Order
DSP	Directive of Standards on the criminal Procedure
ECHR	European Court of Human Rights
ECMACM 1959	European Convention of Mutual Assistance on Criminal Matters of 1959.
ECMACM 2000	European Convention of Mutual Assistance on Criminal Matters of 2000.
ECoHR	European Convention of Human Rights.
EIO	European Investigation Order
EJN	European Judicial Network.
EU	European Union.
EUT	European Union Treaty
FBI	Federal Bureau of Investigation
FD	Framework Decision:
FDEAW	Framework Decision of the European Arrest Warrant
FDJIT	Framework Decision of the Joint Investigation Teams
FGE	Fiscalía General del Estado

GC	Tribunal General del CJUE
ICCPR	International Convention on Civil and Political Rights
JAI	Justice and Interior Affaires
JC	Justice Court of the CJUE
JIT	Joint Investigation Teams;
JITL	Joint Investigation Spanish Law
JITNEN	Joint Investigation Teams National Experts Network.
LECrIm	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LRM	Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.
MA	Mutual Assistance
MR	Mutual Recognition
PD	Proyecto de Directiva
RECI-PJ	Red de Expertos en Cooperación Internacional de Policía Judicial
SA	Schengen Agreement.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TEU	Treaty of the European Union
TFEU	Treaty of Functioning of the European Union
ToL	Treaty of Lisbon
TS	Tribunal Supremo
UTPJ	Unidad Técnica de Policía Judicial (Guardia Civil)

CAPÍTULO I: JUSTIFICACIÓN DEL TRABAJO: ESTADO DE LA CUESTIÓN, IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA, HIPÓTESIS DE PARTIDA, METODOLOGÍA Y OBJETIVOS

Como punto inicial de este trabajo, este Capítulo tiene por finalidad exponer la justificación del mismo. Para ello, en primer lugar, se establecerá el estado de la cuestión de la obtención y admisibilidad de la prueba transfronteriza en la Unión Europea. El desarrollo de dicho estado de la cuestión permitirá, en segundo término, la identificación de los problemas que suscita este tema. Una vez identificados los problemas, el análisis de los mismos llevará al planteamiento de una hipótesis de partida, basada en que la definición de unos parámetros procesales comunes facilitaría la eficacia procesal de los indicios y, en su caso, pruebas obtenidas. Por último, se definirán, desde el principal a los secundarios, los objetivos perseguidos en el conjunto del trabajo.

I. JUSTIFICACIÓN DEL TRABAJO

Las implicaciones plurinacionales de la actividad criminal no empiezan con la desaparición de las fronteras interiores en la Unión Europea, ni siquiera con la incipiente influencia de la globalización allá por los años setenta del siglo pasado. El deseo del delincuente de sustraerse de la acción punitiva de los Gobiernos es tan antiguo como la concepción moderna del propio modelo de Estado, originaria del siglo XVI.

No obstante, resulta evidente que los factores antes mencionados han contribuido a que el carácter internacional del delito deje de ser la excepción para convertirse en la norma. La agilización de la movilidad facilitada por medios de transporte, la eliminación de las fronteras interiores en el seno de la Unión Europea o la revolución provocada por la extensión y uso de internet han provocado un aumento exponencial del elemento transnacional del crimen.

En el ámbito europeo, la integración económica, política y social ha acelerado la creación de un espacio común de convivencia en el que la libre circulación de mercancías, servicios y personas es, desde hace años, una realidad. No obstante, este proceso de fusión multinacional no ha sido, ni será un camino de rosas. En el revés de esta hoja de progresos está el aprovechamiento, por parte de las tramas criminales, de las mismas facilidades aportadas a los ciudadanos de bien.

Las circunstancias mencionadas han constituido el caldo de cultivo idóneo para la proliferación de organizaciones criminales con capacidad para operar en varios países y aprovechar las oportunidades que ofrece el vasto territorio de la Unión. Pero no son las grandes organizaciones las únicas beneficiadas por esta situación, porque los delincuentes comunes también pueden evadirse del territorio en que han delinquido, de manera relativamente sencilla, y aprovecharse de unas indeseables fronteras que todavía existen, las que establece el derecho penal.

Aunque en el ámbito europeo la cooperación policial y judicial penal no son un fenómeno nuevo, es indudable que la evolución del crimen transnacional dentro de sus fronteras ha sido mucho más rápida que la respuesta por parte de la Unión.

Para hacer frente a esta realidad, la postura de la Unión Europea no ha sido la inacción y desde mediados del siglo pasado se están dando pasos para superar las dificultades que tiene la persecución del delincuente, más allá de las fronteras tradicionales propias y que marcan los límites de la jurisdicción penal nacional.

Estas acciones de integración del ejercicio del *ius puniendi* en el territorio de la Unión han experimentado un importante cambio de ritmo en los últimos treinta años y han llevado a considerar la existencia de un Sistema Penal Europeo que, sin ser todavía una realidad, ha dejado de ser una utopía para convertirse en un objetivo terriblemente ambicioso, pero posible.

Si la forja de la faceta sustantiva del Derecho penal europeo se está llevando a cabo a través de la tímida armonización de las normas penales, la faz correspondiente a su vertiente procesal avanza mediante la propuesta y aprobación de medidas de cooperación cada vez más audaces e integradoras.

Así, a raíz del Programa de Tampere, la Unión Europea apostó de forma decidida por una vía de colaboración con un grado de integración sin precedentes, la del reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales. Este cambio de rumbo dio lugar a diversos instrumentos de cooperación inminentemente judiciales, como la Orden de

Embargo Preventivo¹ o el Exhorto Europeo de Obtención de Pruebas² y a otras con un importante componente de investigación policial, como la Orden Europea de Detención y Entrega³.

En esta línea, inmersa en esta intensa creatividad legislativa, surgió una iniciativa de siete Estados miembros⁴ para crear un instrumento con el ambicioso objetivo de sustituir el fragmentario sistema actual para la obtención de medios de prueba en el proceso penal por un sistema ágil y simplificado. Este proyecto ha consistido en la creación de la Orden Europea de Investigación (EIO)⁵.

El fin último que persigue la EIO es conseguir que llevar a cabo la investigación de un delito que implique a varios Estados miembros no se diferencie en exceso de la que tiene un ámbito estrictamente nacional. En otras palabras, propiciar la colaboración en materia procesal penal hasta el punto de crear una auténtica libre circulación de pruebas dentro del territorio de la Unión.

No obstante, los esfuerzos expuestos con anterioridad no han resultado todo lo eficaces que cabría esperar. El conocimiento de las peculiaridades que afectan a la admisibilidad de la prueba en el proceso penal español, así como las significativas diferencias que, en este ámbito, se dan en otros países miembros, nos llevan a cuestionar si esa libre circulación de medios de pruebas está acompañada de una efectividad real de los resultados de los actos de investigación requeridos.

¹ Desarrollada por la Decisión Marco 2003/577/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, la Orden Europea de embargo preventivo y de aseguramiento de pruebas, supuso el reconocimiento de las decisiones judiciales previas a la sentencia tomadas en el Estado de emisión de modo que el país de requerido o de recepción ejecuta el embargo preventivo sobre los bienes que un sujeto tuviese dentro de sus fronteras. Fue derogada por la Directiva 2014/41/CE del parlamento europeo y del consejo de 3 de abril de 2014 relativa a la orden europea de investigación en materia penal.

² Decisión Marco 2008/978/JAI del Consejo de 18 de diciembre de 2008 relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal. Fue derogada por el Reglamento (EU) 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.

³ Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros.

⁴ Bélgica, Bulgaria, Estonia, España, Austria, Eslovenia y Suecia.

⁵ A través de la Directiva 2014/41/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, ya mencionada.

En este sentido, consideramos que para que la prueba obtenida transfronterizamente en el ámbito de la EU fuese admisible esencialmente, habría tenido que ser recabada lícitamente. Entendemos este concepto de licitud como comprensivo, no sólo de aquellas pruebas obtenidas sin vulneración de derechos fundamentales o garantías constitucionales, sino también de las obtenidas sin violentar normas procesales.

A través de la lectura de la normativa vigente y en proyecto, así como del análisis de la doctrina y jurisprudencia existentes, no parece que la “garantía de licitud”⁶ de los medios de prueba conseguidos esté mejorando al mismo ritmo, ni similar, al de las herramientas de intercambio de actos de investigación.

Es decir, de algún modo, para asegurar unas garantías mínimas de obtención eficaz de la prueba en el desarrollo normativo que la EU está llevando a cabo, es necesario perfilar las herramientas de cooperación que están viendo la luz, así como aportar cierto sustento, común y transversal, a los diferentes instrumentos de compartición de indicios. Esta aportación transversal, debería tomar la forma de unos estándares mínimos que asegurasen unos parámetros procesales comunes a los Estados de la EU.

Nuestra aportación, con la realización de este trabajo, radica en plantear las reformas legislativas o la producción de normativa adicional que serían necesarias para llegar a la situación ideal en la que la obtención de una prueba transfronteriza tuviese

⁶ El concepto doctrinal de ilicitud de la prueba penal no es pacífico en absoluto. Aunque se profundizará sobre este aspecto en el Capítulo II de este trabajo, conviene adelantar que las referencias a la no admisibilidad que en el mismo se hagan, habrán de entenderse de manera genérica como las dificultades que impiden la libre apreciación de la prueba. Todo ello sin entrar en la disyuntiva de los efectos que desplegarían cada una de las casuísticas posibles. En cierto modo, buscando la simplicidad, el concepto de ilicitud al que nos referiremos en este trabajo estará más cerca de la postura doctrinal que considera ilícita cualquier fuente de prueba obtenida con vulneración de alguna norma procesal, sin entrar a valorar la afectación o no de los derechos fundamentales. En este sentido, englobaríamos como prueba lícita aquella en cuya obtención no se han vulnerado derechos fundamentales (prueba prohibida), ni otros derechos procesales (prueba ilícita). Esta clasificación está en línea con lo dispuesto por Moreno Catena, V.; Cortes Domínguez, V., *Derecho Procesal Penal*, ed. Tirant, 2019, p. 443-445. También es defendida por otros autores como López Barja de Quiroga, J. “La legitimación de la acusación en relación con los derechos fundamentales”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 334, 1988.

unas garantías de eficacia similares, sino idénticas, a las que avalan a una prueba obtenida en un plano estrictamente doméstico.

Para ello, en este capítulo se expondrá de manera sucinta el estado de la cuestión, como punto de partida de la investigación que se lleva a cabo a lo largo del trabajo. La aproximación a esta situación de inicio, se hará desde el punto de vista normativo y doctrinal. De este modo, delimitaremos el estado de desarrollo actual de la cooperación procesal penal en la EU.

Una vez establecido el estado de la cuestión, plantearemos los problemas que centran el objeto de estudio de este trabajo. A continuación se planteará la hipótesis que orientará la investigación hacia la consecución de los objetivos finales. Por último, se expondrán estos objetivos, que suponen la aportación fundamental del trabajo.

II. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Para definir de manera certera el estado de la cuestión, no puede obviarse la evolución que ha tenido la cooperación penal en la EU. Sólo a través del conocimiento de esta evolución pueden ponerse en valor los logros obtenidos en los últimos años, comprender las dificultades de la generación normativa comunitaria en esta materia y afrontar los retos pendientes.

En esta descripción de la evolución, como en el resto del trabajo, ha de tenerse en cuenta que no resulta suficiente con que existan herramientas que permitan una ágil compartición de medios de prueba, puesto que no resultarían de ninguna utilidad si esta obtención no presenta unas mínimas garantías de eficacia procesal.

En este sentido, se expondrán las herramientas de cooperación procesal penal existentes o que se están desarrollando, con el fin de que un país pueda estar en disposición de evaluar una evidencia que en la fase del juicio oral se convertirá o no en un elemento probatorio. Sin embargo, a lo largo del trabajo, se analizará hasta qué

punto dicha obtención de pruebas cuenta con los elementos necesarios para ser considerada una obtención eficaz desde el punto de vista procesal.

Para alcanzar una imagen concreta del estado de la cuestión, a través de la evolución de la cooperación procesal a lo largo de los últimos años, este apartado se ha estructurado en dos partes, en base a la cronología y al origen de los hechos analizados.

En primer lugar, se exponen los primeros pasos en la cooperación procesal que se dieron fuera del ámbito de la EU, en concreto al amparo del Consejo de Europa. Su conocimiento es importante puesto que algunas de las herramientas creadas en este periodo siguen actualmente en vigor y son de plena aplicación. Es decir, sin haber emanado de los órganos legisladores de la EU, siguen vigentes y son de aplicación entre los Estados miembros que, por alguna razón, no aplican las herramientas posteriores que creó la Unión.

La segunda parte, con mayor peso en el capítulo, la constituyen los mecanismos de cooperación surgidos de la producción normativa de la EU, que se exponen estructurados en base a los hitos o acontecimientos más relevantes en materia de cooperación penal que han tenido lugar en la Unión.

1. Normativa surgida fuera del ámbito de la EU: Consejo de Europa

Son innumerables las obras que describen los inicios históricos de la cooperación penal internacional⁷. Por ser fiel a la finalidad de este trabajo y a los objetivos marcados, en este capítulo nos centraremos en los hitos relevantes que en los siglos XX y XXI han marcado el desarrollo de las normas de cooperación procesal penal y, en concreto, la compartición de medios de prueba.

⁷ Entre otros, De Miguel Zaragoza, J., “El espacio jurídico-penal del Consejo de Europa. Política común de Justicia e Interior en Europa”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 23, 1995.

Los primeros actos en los que se fundamenta la cooperación penal europea son el Convenio de Asistencia Judicial en Materia Penal de 1959⁸ (en adelante, ECMACM 1959) y el Convenio de Extradición de 1957⁹. Ambos surgen en el seno del Consejo de Europa¹⁰ y tienen el valor diferenciador de aportar una integración mucho mayor que cualquier acuerdo bilateral o multilateral que existiese con anterioridad. Sin poner en duda su valor como hito histórico de la cooperación penal, eludiremos cualquier análisis del Convenio de Extradición de 1957, por alejarse del problema que centra este trabajo y que se describirá más adelante.

En relación al ECMACM 1959, aunque su primera finalidad fue la de complementar al Convenio de Extradición y facilitar su aplicación, ha sido, junto a sus dos protocolos adicionales, los que han establecido los estándares mínimos de cooperación basados en la asistencia mutua (MA) que han sido los aplicados en el ámbito europeo hasta finales del siglo XX. En cierto modo, *"supuso el inicio de una nueva fase en la que los instrumentos jurídicos a través de los cuales se articula la cooperación internacional trascienden de los meros convenios bilaterales o multilaterales para enmarcarse en un proceso de integración europea más o menos intenso y comprensivo de otros aspectos además de la mera asistencia o cooperación jurídica"*¹¹.

El ECMACM 1959 entró en eficacia el 12 de junio de 1962, tras alcanzar el mínimo de tres ratificaciones de los países firmantes que establecía las cláusulas de su entrada en vigor. Como ya se ha adelantado, fue completado por dos protocolos, el Protocolo Adicional de 17 de marzo de 1978 y el Segundo Protocolo Adicional de 8 de noviembre de 2001.

⁸ Hecho en Bruselas el 20 de abril de 1959 y ratificado por España el 14 de julio de 1982.

⁹ Hecho en París el 13 de diciembre de 1957 y ratificado por España el 21 de abril de 1982.

¹⁰ El Consejo de Europa es una organización internacional que tiene como objetivo principal la defensa y protección de la democracia, el estado de derecho y los derechos humanos, en particular los civiles y políticos. No debe confundirse con el Consejo Europeo, órgano directivo de la Unión Europea.

¹¹ García Moreno, J.M., "Cincuenta años del Convenio de asistencia judicial en materia penal de 1959", *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, nº 4, 2009.

Consta de ocho títulos de los que analizaremos el primero (generalidades) y el segundo (sobre las comisiones rogatorias), por su incidencia en la compartición eficaz de la prueba trasnacional.

Entre los aspectos que afectan a la totalidad de su articulado, a modo de generalidad, el ECMACM 1959 concedía a los Estados una amplia facultad para formular reservas sobre las disposiciones del propio convenio¹². Es fácil deducir que esta circunstancia redundaba en una menor efectividad de la cooperación que pretendía fomentar y que, a pesar del elevado número de países que lo han ratificado¹³, el nivel de integración variaba en función de los Estados concretos que entrasen en juego.

Por otra parte, con la ratificación del convenio, los Estados se obligaban a prestar una cooperación judicial lo más amplia posible, sin que el auxilio solicitado tenga que estar reflejado de manera expresa en la parte dispositiva del texto¹⁴. Puede afirmarse por tanto que el ECMACM 1959 tenía una vocación de herramienta integral, para los diversos aspectos que presenta la asistencia judicial que se engloban en las diferentes fases del proceso penal.

Entre sus avances estuvo el hecho de eliminar distinciones entre infracciones graves y leves, así como la atenuación del requisito de la doble incriminación, consistente en la necesidad de que la infracción para la que se solicita el auxilio esté tipificada como tal en los estados requirente y requerido. Ambos logros redundaron en mejorar la eficacia de la cooperación. La eliminación del escalón que marcaba la diferencia entre delitos graves y leves, supuso un considerable avance porque no circunscribía ciertos

¹² Artículo 23 del Convenio de Asistencia Judicial en Materia Penal de 1959

1. Toda Parte Contratante, en el momento de la firma del presente Convenio o del depósito de su Instrumento de ratificación o de adhesión, podrá formular una reserva con respecto a una o varias disposiciones concretas del Convenio.

¹³ El Convenio de Asistencia Judicial en Materia Penal de 1959 ha sido firmado y ratificado por los 47 países miembros del Consejo de Europa a los que se unen Chile, Israel y Corea.

¹⁴ Artículo 1 del Convenio de Asistencia Judicial en Materia Penal de 1959

1. Las Partes Contratantes se comprometen a prestarse mutuamente, de conformidad con las disposiciones del presente Convenio, la asistencia judicial más amplia posible en los procedimientos relativos a infracciones cuya represión, en el momento de pedir la asistencia, sea de la competencia de las autoridades judiciales de la parte requirente.

modos de cooperación únicamente a delitos graves, convirtiendo al ECMACM 1959 en una herramienta más accesible.

En cuanto a la atenuación de la doble incriminación, el citado Convenio consiguió que este requisito, sobre el que se volverá más adelante, pudiera soslayarse en determinadas situaciones, ampliando sus posibilidades de aplicación.

Entrando en el análisis de la parte dispositiva del ECMACM 1959, el artículo 2 enumera las causas por las que un Estado podrá denegar la asistencia solicitada, que se organizan en tres grandes grupos, las relativas las infracciones de carácter político o fiscales; y aquellos casos en los que la ejecución de la solicitud pudiese dañar la soberanía, la seguridad, el orden público u otros intereses esenciales del Estado requerido. Aunque estos motivos de denegación fueron matizados en los protocolos adicionales, como se verá, dejan cierta discrecionalidad a las autoridades gubernativas para la prestación o no de la cooperación reclamada.

En concreto, el primer protocolo eliminó la posible causa denegatoria que podía esgrimirse cuando la infracción que motivaba la cooperación era de naturaleza fiscal. Además incrementó los requerimientos de justificación cuando el auxilio judicial era denegatorio para otro tipo de infracciones, tal y como expone la memoria explicativa del convenio.

Por otra parte, en lo estrictamente relacionado con la compartición de pruebas, el Título II del Convenio regula las comisiones rogatorias, cuya finalidad detalla el artículo 3.1 del propio ECMACM 1959 como *"realizar actuaciones de instrucción o transmitir piezas probatorias, expedientes o documentos"*.

La parte dispositiva de este Título II apenas consta de cuatro artículos de redacción algo genérica, circunstancia que no debe entenderse necesariamente como un debilitamiento de las posibilidades de cooperación, si se tiene en cuenta el amplio concepto de la asistencia judicial que contempla el mencionado artículo 1 del ECMACM 1959. Muy al contrario, y a modo de ejemplo, la amplitud de la descripción

de comisión rogatoria aportada permitía solicitar a otro Estado desde el aseguramiento de una fuente de prueba, sin su traslado en ese momento, hasta la ejecución de una entrada y registro en el territorio del Estado requerido.

No obstante, a pesar de las amplias posibilidades de cooperación que ofrece, el ECMACM 1959 adolece de ciertos puntos débiles, identificables en otros instrumentos basados en la MA y que se acentúan en este Convenio por ser uno de los pioneros.

La primera de estas debilidades la constituye la aplicación, por defecto, de la legislación del Estado requerido (*locus regit actum*)¹⁵ en la práctica de la obtención de los medios de prueba, principalmente en cuanto a lo que se refiere a la toma en consideración de las normas procesales locales.

Esta aplicación preferente de la legislación local denota un distanciamiento entre los ordenamientos jurídicos de los países llamados a cooperar pero en nuestra opinión, sobre todo, demuestra un claro enfoque a asegurar que la práctica para obtener la fuente de prueba se lleva a cabo por parte del Estado requerido que poco podría objetar a materializar unas medidas de investigación que se rigen por su propia legislación nacional.

No obstante, este acercamiento a la legislación del Estado requerido puede ir en detrimento de la posibilidad de que los resultados sean admitidos como pruebas en la fase oral del proceso en el Estado requirente. Es decir, el ECMACM 1959 enfocaba los esfuerzos en que la medida de investigación se llevara a cabo, pero relegaba a un segundo plano las consideraciones que pudiesen afectar a la posterior efectividad de los indicios obtenidos.

¹⁵ Artículo 3:

1. La parte requerida hará ejecutar, en la forma que su legislación establezca, las comisiones rogatorias relativas a un asunto penal que le cursen las autoridades judiciales de la Parte requirente y que tengan como fin realizar actuaciones de instrucción o transmitir piezas probatorias, expedientes o documentos.

.../

En este sentido, parece claro que las fuentes de prueba que un Estado solicita a otro serán empleados en un proceso penal que se llevará a cabo en el territorio del emisor de la petición y estará sometido, por tanto, a su propia legislación, no a la del Estado requerido. Como consecuencia, parece obvio que cualquier actuación dentro de la instrucción tendrá mayores garantías de ser admitida por un tribunal del Estado requirente cuando haya sido practicada respetando su propia legislación, aunque se lleve a cabo en territorio extranjero. Esta decidida apuesta por el principio de *locus regit actum* se suavizó de manera sutil, cuando se contempló la posibilidad de que los peritos o testigos declarasen bajo juramento a instancia del Estado requirente, siempre que no contradijese la normativa del país donde se llevaba a cabo la medida de investigación. También se encontraba un tímido acercamiento a la aplicación de las normas procesales del Estado requirente en el artículo 4¹⁶, cuando admitía la posibilidad de que las autoridades solicitantes pudiesen concurrir a la ejecución de la comisión rogatoria.

La segunda de las debilidades consistía en la relativa amplitud de los motivos en los que podía fundamentarse la denegación de auxilio, y en el margen de discrecionalidad con el que contaron los países firmantes para hacer reservas a la totalidad del articulado, a poco que la medida de investigación pudiera parecerles mínimamente invasiva de los derechos fundamentales. Un buen ejemplo de esta última circunstancia se encuentra en el artículo 5 del Convenio, cuando se autoriza a los Estados denegar la ejecución de las comisiones rogatorias que tengan como fin un registro o un embargo de bienes cuando se diese alguna de las siguientes circunstancias:

- a. que la infracción que motive la comisión rogatoria sea punible según la ley de la Parte requirente y de la Parte requerida;
- b. que la infracción que motive la comisión rogatoria pueda dar lugar a la extradición en el país requerido;

¹⁶ Artículo 4 del ECMACM 1959

Cuando la Parte requirente lo solicite expresamente, la Parte requerida le informará de la fecha y el lugar de ejecución de la comisión rogatoria. Podrán concurrir al acto las autoridades y las personas interesadas, con el consentimiento de la Parte requerida.

c. que la ejecución de la comisión rogatoria sea compatible con la ley de la Parte requerida.

En cuanto a los citados motivos de denegación, aunque el propio ECMACM 1959 establecía la necesidad de justificar en todo caso aquellos casos en que no se prestase el auxilio solicitado, suponían una quiebra a la fiabilidad del Convenio como herramienta de cooperación. Este escenario empeora si se tiene en cuenta que la relación entre los países cooperantes se realizaba a través de sus autoridades gubernativas (normalmente, los ministerios de justicia), siendo únicamente residual el contacto entre los órganos judiciales. Este protagonismo de las autoridades administrativas abría la puerta, de este modo, a posibles denegaciones de auxilio al amparo de alguno de los motivos de denegación, pero con un trasfondo de oportunidad política o diplomática¹⁷.

Otra importante fragilidad del ECMACM 1959 la constituía la carencia de plazos para llevar a cabo el acto procesal solicitado. Únicamente para el caso concreto de la citación de comparecencia de un acusado se disponía que las autoridades del Estado ejecutante debían recibir la notificación para su transmisión al encausado¹⁸ con la antelación suficiente a la fecha fijada para la comparecencia, en un plazo que fijarían los Estados contratantes pero que en ningún caso podría ser superior a cincuenta días¹⁹.

Además de la carencia de plazos que marcaban el funcionamiento de la cooperación, no se encontraba, ni en el Título II ni en el resto del texto, referencia

¹⁷ Este aspecto queda patente en el artículo 2.b) del articulado del Convenio, cuando determina que la parte requerida podrá denegar la ejecución de lo solicitado en caso de que considere que de dicha ejecución pueden derivarse perjuicios para su soberanía, el orden público, su seguridad u otros intereses fundamentales para el país.

Esta definición es lo suficientemente amplia para dar amparo a situaciones de denegación por motivos muy alejados de los puramente jurídicos. A modo de ejemplo, cabría esperar que Turquía denegase la entrega de un presunto espía ruso reclamado por Francia, solo por no perjudicar sus relaciones diplomáticas con el país euroasiático.

¹⁸ La mayoría de los países que han efectuado declaraciones en este sentido han establecido un plazo de entre treinta y cincuenta días antes de que el acusado deba comparecer. Así puede comprobarse en las declaraciones que emiten los países firmantes, y que constan al inicio del articulado. En el caso de España, dicha antelación se fijó en treinta.

¹⁹ Artículo 7.3 del ECMACM 1959.

alguna a la posterior admisibilidad de las fuentes de prueba dejando este aspecto a la regulación interna de cada Estado. Esto refuerza la idea, antes mencionada, consistente en que el Convenio tenía una redacción más enfocada a garantizar la ejecución del acto de investigación, que a asegurar la posterior admisibilidad de las pruebas que pudiesen obtenerse.

A modo de resumen, como balance del ECMACM 1959, queda clara la importancia de la creación del citado Convenio como un paso básico y fundamental para alcanzar las herramientas más versátiles de cooperación que se han ido aprobando con posterioridad. Su elaboración, como la del resto de convenios nacidos al amparo del Consejo de Europa contribuyó a la creación de una cultura de cooperación judicial en el seno de los Estados europeos²⁰. Adolece de ciertas carencias, alguna de las cuales se han descrito en los párrafos anteriores, pero supone el primer esfuerzo integrador que va más allá de la firma de un convenio o acuerdo de cooperación bilateral o multilateral.

Su articulado se modificó, como se adelantó, con dos protocolos fechados en 1978 y en 2001. Estos protocolos no se tratarán en profundidad, puesto que no introdujeron novedades de calado en cuanto a la admisibilidad de las pruebas obtenidas a través de los auxilios judiciales obtenidos a su amparo. No obstante cabe resaltar, por su fecha y contenido, el segundo de estos protocolos. En cuanto a la fecha en la que vio la luz, porque su año de creación es coincidente con el Convenio Relativo a la Asistencia Judicial en Materia Penal del 2000 (ECMACM 2000) instituido al amparo de la Unión Europea y que se tratará más adelante. Por otro lado, en cuanto a su contenido, este protocolo trató de mejorar al ECMACM 1959 mejorando la flexibilidad de la MA y ampliando los casos de comunicación directa entre autoridades judiciales. Ambos factores llevan a deducir que este segundo protocolo tiene por finalidad equiparar el

²⁰ En este sentido, De Jorge Mesas, L.F., *Las claves del sistema de reconocimiento mutuo. Soberanía compartida, interoperabilidad de los sistemas jurídicos y garantía procesal del reconocimiento*, ed. Servicio de Publicaciones y Divulgación Científica de la UMA, 2009, pp. 15-20.

ECMACM 1959 al ECMACM 2000 para aquellos Estados que no formen parte de la EU²¹.

Además, en la propia redacción del ECMACM 1959 quedó patente su vocación de complementariedad respecto a otros convenios de cooperación más integral que pudieran ser aprobados en el futuro, como así ha sido²².

2. La producción normativa relativa al intercambio de pruebas en la Unión Europea

Una vez examinadas las herramientas extracomunitarias con influencia en la compartición de medios de prueba, seguidamente se analizarán las etapas de generación normativa que se han experimentado en el seno de la EU. En el primer epígrafe nos centraremos en aquellas cuestiones que han tenido influencia en la mejora de la eficacia del ejercicio del *ius puniendi* en la EU, como respuesta a la preocupante realidad expuesta en la justificación de este trabajo. Este epígrafe se ha estructurado, a su vez, en diferentes apartados que coinciden con los hitos que han resultado más significativos en tan importante evolución.

Una vez descrita la evolución de los instrumentos diseñados por la EU para la persecución del delito, a través de los acontecimientos normativos más relevantes, dedicaremos un segundo epígrafe a los esfuerzos que la Unión ha dedicado a la protección de los derechos fundamentales de naturaleza procesal de los encausados. A medida que los mecanismos de cooperación procesal penal fueron proliferando quedó patente que resultaba prioritario desarrollar, igualmente, ciertas medidas que asegurasen una protección adecuada de las garantías en el proceso de aquellos que fueran objeto de alguna de estas medidas.

²¹ Incluso la memoria explicativa de este segundo protocolo se remite al mismo apartado del ECMACM 2000 para comprender ciertos conceptos.

²² Así se deduce del artículo 26.3 del ECMACM 1959, cuando establece que los Estados que lo han ratificado "*sólo podrán concertar entre sí acuerdos bilaterales o multilaterales relativos a la asistencia judicial en materia penal con el fin de complementar las disposiciones del presente Convenio o para facilitar la aplicación de los principios que contiene*".

2.1. Hitos fundamentales en el desarrollo del ejercicio del *ius puniendi* dentro de la EU

Como norma general, los ocho apartados que se exponen a continuación se han asociado a las diferentes redacciones que han tenido los tratados de la EU. En concreto, se han examinado los Tratados de Maastricht, de Ámsterdam y de Niza, pero también a ciertos hitos normativos que no se corresponden exactamente con modificaciones del derecho originario de la EU, como el Convenio de aplicación del acuerdo de Schengen o el Consejo de Tampere. En cualquier caso, con independencia del hito que encabece cada uno de los ocho apartados, el orden de exposición ha respetado cuanto ha sido posible la cronología de los acontecimientos.

a) El Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen

Antes de abordar la génesis del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (en adelante, AFSJ) creado en la EU, conviene analizar la obtención de pruebas basada en el Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen²³ (en adelante, SA), de origen externo a la EU, pero incorporado al acervo comunitario a través de un protocolo al Tratado de Ámsterdam²⁴. El SA supuso un considerable avance en diversas facetas de la cooperación en materia penal y, en concreto, en la obtención de la prueba transfronteriza tal y como expondremos a continuación.

Curiosamente, estos avances fueron un logro accesorio del Acuerdo y posterior Convenio. Originariamente, el fin último del Acuerdo era la creación de un espacio de libre circulación de personas y mercancías que abarcase el territorio de los países originariamente firmantes²⁵. Los avances en la cooperación penal no fueron más que un medio necesario para aportar la seguridad necesaria a los Estados firmantes de que dicha libertad de movimientos estaría respaldada por un incremento en la eficacia de

²³ Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes. Ratificado por España el 23 de julio de 1993.

²⁴ Firmado el 2 de octubre de 1997 y que tuvo su entrada en vigor el 1 de mayo de 1999.

²⁵ República Federal de Alemania, Francia y Benelux.

los medios de persecución del delito en este espacio²⁶. Es decir, la cooperación policial y judicial no constituyó más que el medio instrumental necesario para facilitar la supresión de las fronteras interiores²⁷.

Este origen instrumental, como complemento necesario para la supresión de las fronteras interiores del espacio configurado por el Acuerdo, queda patente en las medidas de cooperación que se generan con su articulado. Por este motivo, las herramientas creadas al amparo del SA tienen un importante componente de colaboración policial, estamento que constituye el primer escalón responsable de la prevención y persecución del delito. Así, la asistencia eficaz entre cuerpos policiales de los diferentes estados tiene una incidencia directa en la obtención de pruebas transfronterizas. No en vano, la policía constituye el brazo necesario para la ejecución en buena parte de las comisiones rogatorias que pueden solicitarse o ser requeridas por otro Estado.

Dentro de esa función de persecución del delito, facilitar la actuación trasfronteriza de las fuerzas y cuerpos de seguridad supone, en nuestra opinión, agilizar cualquier medida de cooperación penal enfocada a la obtención de medios de prueba.

Los instrumentos de cooperación relativos a la cooperación policial, como se ha citado, del todo trascendentes para la obtención de medios de prueba, están reflejados en los artículos 39 a 53 del SA. Se introdujeron como novedades tres modos de asistencia policial pasiva²⁸ con una relación estrechamente vinculada al entorno físico de las fronteras interiores.

²⁶ No será la única vez en que los avances en la cooperación penal se produzcan como consecuencia de otras metas. De hecho, gran parte del origen del actual AFSJ se encuentra en el afán de la Unión de proteger sus intereses económicos.

²⁷ En este sentido y entre otros muchos autores, Van Ostrive, L. “Historia del Acuerdo y del Convenio de Schengen”, *Revista d’Afers Internacionals*, nº 55, 2001.

²⁸ Este tipo de cooperación policial se denomina “pasiva” porque el Estado que colabora no adopta más medida que dejar actuar a las fuerzas policiales extranjeras. Es decir el papel del otro Estado es del todo pasivo.

El primero de ellos consiste en la vigilancia transfronteriza²⁹ para aquellos delitos que estén siendo investigados judicialmente por el Estado requirente, cuando uno de los objetivos de la operación cruce la frontera. Así, el Estado requerido consiente en su territorio la labor operativa de agentes de policía extranjeros. Se establecen una serie de requisitos, como la tipología del crimen investigado o ciertas restricciones a la labor de la policial, sobre los que no profundizaremos por no ser objeto central de este trabajo. La necesaria existencia de una investigación judicial previa, en la que esté implicado el objetivo vigilado, la acercan más a una asistencia judicial más que a una tipología de cooperación policial³⁰, a pesar de estar recogida en el Capítulo I del Título III.

El segundo de los instrumentos de cooperación lo constituyen las denominadas "*persecuciones en caliente*"³¹, consistentes en prolongar, más allá de la frontera, el seguimiento operativo de un objetivo que ha sido sorprendido cometiendo un delito *in fraganti*. En este caso, no se requiere investigación ni autorización judicial previa aunque las restricciones son mucho mayores en cuanto al tiempo durante el que puede prolongarse la persecución y a la distancia en la que puede extenderse. También es restrictivo en cuanto a la finalidad de la intervención de los agentes extranjeros, cuyo único objetivo debe ser la detención del sospechoso, sin ni siquiera habilitar al interrogatorio del mismo.

Por último, el tercero de los instrumentos de cooperación amparado por el SA se encuentra también a medio camino entre la asistencia policial y la judicial, y consiste en la ejecución de entregas vigiladas para la represión del narcotráfico³². No se concreta si el fin último de esta figura es la detención de los participantes o, además, la obtención de medios de prueba adicionales que vayan más allá de presenciar *in situ* la comisión del delito. Únicamente se tasa la necesidad de autorización previa de la parte contratante (tampoco se concreta si se trata de autoridad judicial o policial), y la

²⁹ Recogida en el artículo 40 del SA.

³⁰ Castillejo Manzanares, R, "Espacio Schengen", en Arnáiz Serrano, A. (Coord.), *Cooperación judicial penal en Europa*, ed. Dykinson, 2013, p. 413.

³¹ Figura creada por el artículo 41 del SA.

³² Instrumento habilitado por el artículo 73 del SA.

responsabilidad de cada Estado interviniente sobre las acciones que se produzcan en su propio territorio. A tenor de este instrumento de cooperación, las autoridades judiciales, policiales o gubernativas del Estado donde se produce la entrega se abstienen de intervenir en el momento de la acción con el fin de que la parte requirente pueda descubrir la comisión de un delito.

Llegados a este punto, conviene hacer balance de la aplicación de los tres instrumentos aportados por el SA a la obtención y admisibilidad de los medios de prueba que pudieran obtenerse.

En el Capítulo I del Título III del SA, dedicado en concreto a la cooperación policial, sólo se hace referencia a la utilización de fuentes de prueba cuando se cita, en el artículo 39.2³³, la posibilidad de utilización como prueba de la información que sea intercambiada entre Estados cuando exista autorización de la parte requerida. Esta redacción podría resultar excluyente, por omisión, respecto al resto de medidas de cooperación policial, a las que dejaría como único fin la detención del delincuente sacrificando la posibilidad de obtención de cualquier indicio adicional.

No obstante, no ha de obviarse que el SA es complementario al ECMACM 1959, en el que no se excluye en ningún caso la posibilidad de obtención de medios de prueba (principalmente a través de comisiones rogatorias) como uno de los fines del propio Convenio, aunque como hemos visto carece de regulación alguna en cuanto a la posterior admisibilidad de las mismas, campo que deja a las legislaciones nacionales.

Debe considerarse que tanto las vigilancias transfronterizas, como las entregas vigiladas suponen medios para la obtención de pruebas que van más allá de la mera detención de un sospechoso. Lo son, además, por deducción de su construcción y requisitos, entre los que destaca la necesidad de autorización judicial. Debe

³³ Artículo 39.2 del SA

2. La Parte contratante requirente podrá utilizar las informaciones facilitadas por escrito por la Parte contratante requerida en virtud del apartado 1 con el fin de aportar una prueba de los hechos imputados sólo en el caso de que las autoridades judiciales competentes de la Parte Contratante requerida lo consientan.

entenderse que el principio que rige en la obtención de los medios de prueba será, por aplicación subsidiaria del ECMACM 1959, el de *locus regit actum*³⁴.

No parece tan claro, por el contrario, que las persecuciones en caliente estén concebidas por el legislador como un medio de obtención de medios de prueba si no que su utilidad se circunscribe, esta vez sí, a la detención del sospechoso que huye partiendo del territorio del Estado requirente e ingresando en territorio del Estado requerido. Así se deduce de las restricciones contempladas en el artículo 41 del SA, entre las que se encuentra incluso la imposibilidad de tomar declaración al detenido (si son las fuerzas nacionales quienes lo interceptan) o retenido (si es el cuerpo policial que actúa en territorio extranjero quien consigue atrapar al sospechoso).

También corrobora esta teoría el hecho de que la intervención judicial no sea necesaria, y que el estamento encargado de la autorización sea de carácter policial o gubernativo. Es decir, si no se contempla la intervención judicial, queda lejos que pueda realizarse cualquier medida de investigación que afecte a algún derecho fundamental.

No obstante, no debe considerarse remota la posibilidad de que durante el trabajo operativo de una persecución se pueda obtener un dato que pueda transformarse con posterioridad en elemento probatorio³⁵. En este sentido, el artículo 41.5.8 del SA prevé que este tipo de casos sea investigado por las autoridades del Estado en el que se lleva a cabo la persecución y que las *"autoridades de la Parte contratante de donde procedan los agentes que hayan realizado la persecución prestarán su ayuda en la investigación que sea consecuencia de la operación en que hayan participado, incluidos los procedimientos judiciales, cuando así lo soliciten las autoridades de la Parte contratante en cuyo territorio se realice la persecución"*.

³⁴ Así también lo indican las referencias que aparecen en varios puntos del articulado a que la autoridad que actúa en territorio extranjero lo haga respetando el derecho del Estado anfitrión.

³⁵ A modo de ejemplo, sería el caso en que durante la persecución, el individuo que está a la fuga recibiese la colaboración de otro sujeto con implicaciones en el crimen cometido.

Cabe preguntarse qué ocurrirá cuando la obtención del citado dato operativo se produzca en territorio extranjero por motivos puntuales, pero que la posible investigación a la que dé acceso corresponda al Estado requirente, y no al requerido. En esos casos, cuando la obtención sea resultado de la mera observación de la actividad de huida del sospechoso, no parece que exista razón para que el Estado requirente le dé un tratamiento diferente al que daría a un indicio obtenido en territorio propio. Todo ello, claro está, a expensas de la legislación nacional del país afectado.

Una vez analizadas las medidas de cooperación policial aportadas por el SA, corresponde examinar las medidas de cooperación judicial contempladas en el Capítulo II del mismo. El artículo 48 deja clara la aplicación subsidiaria del ECMACM 1959, al que el SA complementa, así como la previsión de que en fechas posteriores se den convenios de cooperación más amplia entre los Estados inicialmente firmantes.

Como ampliación al ECMACM 1959, en el SA se especificaron de manera explícita más casos en los que habría de prestarse cooperación, y se concretaron condiciones más restrictivas a las comisiones rogatorias que tuviesen por finalidad la ejecución de un registro o embargo.

Con el fin de agilizar la prestación de auxilio, el SA permite la comunicación directa, por correo, con las personas implicadas en el proceso que se encuentren en territorio de la parte requerida, a efectos de notificaciones. Pero el verdadero avance que introdujo el SA, desde el punto de vista judicial, fue la autorización de la comunicación directa entre autoridades judiciales³⁶. Esta comunicación directa no se consideró ya la excepción, como ocurría en el ECMACM 1959, sino que se constituyó en la norma general que solo exceptúa los casos en los que el auxilio requerido consista en peticiones de traslado o tránsito de personas privadas de libertad, en cuyo caso la petición habrá de tramitarse a través de las autoridades centrales de carácter administrativo.

³⁶ Artículo 53.1 del SA.

1. Las solicitudes de asistencia judicial podrán hacerse directamente entre las autoridades judiciales y podrán remitirse por la misma vía.

Con el contacto directo entre autoridades judiciales, se reducen los trámites necesarios para la solicitud y cumplimiento de comisiones rogatorias facilitando la obtención de los medios de prueba solicitados. Además, se eliminan filtros administrativos que pueden obstruir la prestación de un auxilio en base a razones de oportunidad política de escasa relación con el ejercicio de la acción penal.

Puede afirmarse, por tanto, que el SA constituyó un importante avance en la obtención de la prueba transfronteriza. No obstante, en referencia a la posterior admisibilidad de los medios de prueba obtenidos a través de las medidas de cooperación judicial, solo se encuentra como mención específica la previsión de que la información o documentos obtenidos no puedan ser transmitidos ni utilizados para el enjuiciamiento de hechos distintos a los que se argumentaron en la petición de auxilio originaria, a menos que se cuente con la autorización del Estado requerido.

b) El Tratado de Maastricht

Una vez analizados los dos hitos más importantes de la cooperación penal que tienen su ámbito territorial de aplicación principalmente en Europa, pero que no partieron inicialmente de la EU, es decir el ECMACM 1959 y el SA, corresponde examinar las herramientas para la obtención de los medios de prueba surgidas originariamente de la propia actividad normativa de la EU.

El primero de estos hitos tuvo lugar en la década de los 90, cuando se firmó el Tratado de Maastricht³⁷ en el que por primera vez se reconoció expresamente que los asuntos de interior y justicia eran de “interés común” para los Estados miembros de la EU. No obstante, el modelo elegido para materializar las medidas a adoptar en este campo era el de la cooperación y no el de la integración jurídica. Los asuntos de justicia

³⁷ Firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, DOC 191 de 29.7.1992, entró en vigor el 1 de noviembre de 1993. El Tratado de Maastricht crea la Unión Europea, la cual se constituyó inicialmente como una estructura de tres pilares: las Comunidades Europeas, la política exterior y de seguridad común y la cooperación policial y judicial en materia penal. El pilar que interesa a efectos de este trabajo, el tercero, se considera un pilar intergubernamental. Es decir, requería de la unanimidad de los Estados miembros para la aprobación de sus disposiciones.

e interior formaban parte del conocido como tercer pilar de la EU, de naturaleza interestatal.

La consecuencia práctica de esta estructura orgánica era que, la aprobación de cualquier instrumento de cooperación en materia de justicia e interior, quedaba supeditada a la unanimidad. Esto constituía una traba que dificultaba la puesta en funcionamiento de instrumentos eficaces de cooperación y que consiguiesen auténticos avances.

Es decir, aunque el espíritu de generación normativa fuese común a todos los Estados miembros, cada uno de los países miembros funcionaba de manera autónoma en cuanto a aprobar o no los criterios que debían conducir a plasmar esa idea.

c) El Tratado de Ámsterdam

El tercero de los acontecimientos que se analiza en este epígrafe tuvo lugar a finales de la década de los noventa, en los que la EU experimenta un importante cambio de ritmo en cuanto a la cooperación penal. El origen de esta aceleración puede encontrarse en el Tratado de Ámsterdam³⁸ y, en especial, en el posterior Consejo de Tampere³⁹ y el programa que se aprobó en el mismo.

En el Tratado de Ámsterdam, los asuntos de justicia e interior dejan de ser un tema de interés común para convertirse en objetivo prioritario de la Unión, concretado en la construcción del AFSJ. A pesar de comunitarizar⁴⁰ los asuntos relativos a inmigración y

³⁸ Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, firmado el 2 de octubre de 1997 en Ámsterdam.

³⁹ Consejo Europeo de Tampere, celebrado los días 15 y 16 de octubre de 1999 en Tampere, Finlandia.

⁴⁰ Se emplea el término comunitarizar como el acto de transponer, figuradamente, un área de actividad de la EU a lo que se consideraba su primer pilar, el de las Comunidades Europeas. La consecuencia práctica de comunitarizar es que las disposiciones aprobadas en dicho campo dejan de necesitar la unanimidad para ser aprobadas, con posterioridad al Tratado de Lisboa, por procedimiento legislativo ordinario de codecisión de Parlamento y Consejo.

cooperación judicial civil, en dicho Tratado, el resto de la cooperación judicial penal y policial siguió constituyendo un pilar intergubernamental⁴¹.

No obstante, desde el punto de vista procedimental se dio un importante avance, porque se eliminaron las acciones comunes y se crearon las Decisiones Marco⁴², de carácter vinculante, así como las Decisiones⁴³. Estas nuevas tipologías de normas, aunque seguían siendo instrumentos intergubernamentales, resultaban más parecidas a los puramente comunitarios, es decir, a las Directivas y Reglamentos.

Entre estas similitudes, aunque seguían necesitando un consenso unánime para su aprobación, estos nuevos instrumentos no requerían de ratificación posterior y, aunque precisaban de la implementación por parte de los Estados miembros, éstos disponían de un plazo limitado para integrarlas en su legislación nacional. Es decir, su aplicación práctica era mucha más directa, por lo que puede decirse que en el Tratado de Ámsterdam se inició el proceso de comunitarización de los asuntos de cooperación policial y judicial penal, a través de las herramientas de integración.

Aunque pudiera parecer que lo descrito en el párrafo anterior se separa del objeto central de este trabajo, tiene una importancia decisiva para comprender las características de los instrumentos de obtención y compartición de pruebas que vieron la luz en este periodo. Pero también para detectar los cambios que se produjeron con los tratados posteriores, que se analizarán someramente, en lo que afecta a la circulación y validez de los elementos probatorios en el ámbito penal.

Adicionalmente a los cambios implementados en las fuentes de derecho comunitario, el Tratado de Ámsterdam permitió la incorporación del SA, analizado con

⁴¹ Constituir una materia intergubernamental supone, en la práctica, que las disposiciones de esta materia han de ser aprobadas por unanimidad.

⁴² Al igual que las directivas (instrumento utilizado dentro del pilar comunitario), las Decisiones Marco obligan a los Estados miembros en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios.

⁴³ Las decisiones se utilizan para conseguir todos los objetivos de la cooperación policial y judicial en materia penal, excepto la aproximación de las disposiciones legislativas y reglamentarias de los Estados miembros, que está reservada a las decisiones marco.

anterioridad, al ámbito de la Unión. Esta adopción constituyó una demostración de la valoración positiva de éste instrumento nacido fuera de la EU, cuyo cumplimiento obligado se hizo extensivo a todo los Estados de la EU. Es decir, de una cooperación reforzada constituida al margen de la EU, surgió un instrumento de cooperación penal que obligaba a la totalidad de Estados miembros.

También en este periodo tuvo lugar en el Consejo Europeo de Tampere, antes mencionado, que por primera vez reunió a los Jefes de Estado y de Gobierno en torno al tema monográfico de Justicia e Interior, y de creación del AFSJ.

Fue en este Consejo, y en el Programa quinquenal que le siguió, donde surgió el principio de reconocimiento mutuo⁴⁴ (MR) como piedra angular de la cooperación judicial que supera el sistema de petición o solicitud, y que lo sustituye por un mecanismo de cooperación a través del reconocimiento de resoluciones de forma directa y automática entre autoridades judiciales de los diferentes Estados miembros.

Además, con la firme intención de construir el Espacio Europeo de Derecho Penal, en Tampere se instó a que se iniciaran trabajos para lograr unas normas mínimas de derecho procesal que facilitaran la aplicación del MR, sobre todo, respecto a los derechos de las víctimas⁴⁵ y a los derechos del acusado en el proceso penal⁴⁶.

Las conclusiones de la presidencia del Consejo de Tampere, basadas en el citado principio, sentaron las bases del posterior desarrollo de la inmensa mayoría de los instrumentos normativos europeos en materia de cooperación judicial penal. Entre estas conclusiones destacaba la concretada en el número 36, por su directa relación

⁴⁴ Sobre el concepto de reconocimiento mutuo se volverá más adelante en este Capítulo, así como en diversos puntos de este trabajo.

⁴⁵ Decisión del Consejo de 15 de marzo de 2001 sobre el estatuto de la víctima en el proceso penal y Directiva 2004/80/CE del Consejo de 29 de abril de 2004 sobre indemnización a las víctimas de los Delitos).

⁴⁶ Propuesta de Decisión del Consejo relativa a determinados derechos procesales en los procesos penales en la EU y actualmente, el libro verde de la Comisión sobre garantías procesales para sospechosos e inculcados en procesos penales en la Unión Europea. El estado actual de estas iniciativas puede consultarse en:

http://europa.eu/legislation_summaries/human_rights/fundamental_rights_within_european_union/l33214_es.htm

con este trabajo, consistente en la necesidad de facilitar la obtención de pruebas y el embargo de bienes, entre los Estados miembros.

Como se menciona con anterioridad, a partir del Consejo de Tampere la EU hizo una apuesta definitiva por el MR como piedra angular de las medidas de cooperación judicial, especialmente en el ámbito del ejercicio de la acción penal. Este giro no significó, sin embargo, el abandono de la MA cuando ésta sea de utilidad, pero marcó un importante cambio de ritmo en la integración de los diferentes ordenamientos procesales de los Estados miembros.

d) El Convenio de Asistencia Judicial en Materia Penal entre Estados de la Unión Europea

El cuarto de los hitos a tratar, por su influencia en la compartición de la prueba transfronteriza, lo constituye el Convenio de Asistencia Judicial en Materia Penal entre Estados de la EU⁴⁷ (ECMACM 2000). Aunque está enmarcado temporalmente en el periodo de vigencia del Tratado de Ámsterdam, al que se aludía con anterioridad, el ECMACM 2000 merece un apartado diferenciado dentro de este capítulo.

El principal motivo que lleva a este tratamiento diferenciado es que, a pesar de la apuesta que la EU hizo por el MR en el Consejo de Tampere, el ECMACM 2000 basa su funcionamiento en la MA y sigue vigente, al menos en parte.

No obstante, aunque ajeno al principio del MR, no pueden despreciarse los avances que ha reportado. Además de agilizar el régimen de transmisión de las comisiones rogatorias, y el propio envío y notificación de comunicaciones procesales, el ECMACM 2000 estableció una regulación muy detallada de ciertas formas específicas de asistencia judicial. Con ello, se ofreció un marco de seguridad jurídica muy elevado,

⁴⁷ Adoptado por acto del Consejo el 29 de mayo de 2000, Diario Oficial de la Unión Europea C197, de 12.07.2000, y en vigor desde el 23 de agosto de 2005.

que en buena medida compensó las limitaciones de un sistema “clásico” de cooperación judicial⁴⁸.

Entre las posibilidades que ofrece en relación a la obtención de medios de prueba transfronterizos, y sobre las que se profundizará más adelante, se encuentran cuestiones como:

- La toma de declaraciones a sospechosos y testigos.
- El uso de videoconferencias.
- La obtención de pruebas mediante operaciones de registro e incautación.
- La intervención de las telecomunicaciones.
- La posibilidad de constituir Equipos Conjuntos de Investigación.

Al margen de las variantes mencionadas, sobresale una herramienta de indudable alcance policial y de gran trascendencia en la obtención de medios de prueba transfronterizos, la creación de los Equipos Conjuntos de Investigación (JIT). Aunque se les dedica el tercer capítulo de este trabajo, adelantaremos que esta medida puede resumirse en la constitución de grupos de trabajo compuestos por miembros de diferentes Estados de la EU y que formen parte del ámbito judicial o policial. Estos Equipos facilitan, además de la obtención, que los elementos de prueba obtenidos en un país tengan validez en otro Estado miembro.

La misión de los JIT es contribuir a una cooperación lo más directa posible a nivel policial y judicial, una vez sentadas las bases que han de regular dicha colaboración.

Ampliamente utilizados en la actualidad, los JIT agilizan considerablemente la obtención de los medios de prueba al establecer y mantener el contacto directo entre autoridades judiciales y/o policiales de los países partícipes en los equipos que se constituyan.

⁴⁸ Gascón Inchausti, F. *La construcción de un derecho procesal penal europeo: tendencias actuales y perspectivas de futuro*, ponencia presentada al Congreso Internacional de Derecho Penal organizado por la Universidad Autónoma de México los días 19 a 23 de junio de 2006.

No obstante, la constitución de un JIT tiene una finalidad y duración concreta que han de venir precedidas, cada vez que se constituya, por un acuerdo *ad hoc* entre los Estados participantes en el mismo. La demora o las dificultades para alcanzar un consenso en la definición de los términos de dicho acuerdo y su aprobación por parte de las autoridades gubernativas⁴⁹, suponen un freno a los avances que aporta este tipo de mecanismos.

Resulta evidente que no llegar a un acuerdo que permita la constitución de un JIT resulta una manera indirecta de denegar *ab initio* la prestación del auxilio solicitado. Por otro lado, aun existiendo la voluntad a la que alude el artículo 5 de la *Ley 11/2003, de 21 de mayo, reguladora de los equipos conjuntos de investigación penal en el ámbito de la Unión Europea*, un acuerdo de este tipo presenta detalles y cláusulas que en ocasiones demoran en exceso su confección, o que frustran su buen término.

La utilidad y amplia aplicación de estos equipos aconsejan detenerse en la valoración detallada de la obtención de los medios de prueba y su validez cuando se obtengan a través de su constitución. Por este motivo, continuaremos con el análisis del ECMACM 2000, y en especial de los JIT, en el Capítulo III de este trabajo.

e) Del Tratado de Niza al Tratado de Lisboa

Como quinto apartado en la evolución de la generación normativa europea en el campo de la obtención de pruebas, analizaremos el periodo que tuvo como inicio el Tratado de Niza y que podemos dar por concluido en los albores del hito temporal que supuso el Tratado de Lisboa, en este apartado repasaremos ciertos aspectos que contribuyeron a la persecución del delito con implicaciones transfronterizas.

⁴⁹ Conviene aclarar que no siempre son autoridades administrativas las encargadas de preparar y firmar este tipo de acuerdos. El artículo 3 de la *Ley 11/2003, de 21 de mayo*, establece que, además de los Ministerios de Justicia y del Interior, la Audiencia Nacional podrá adoptar los acuerdos de constitución de un JIT cuando la investigación recaiga sobre delitos cuyo enjuiciamiento corresponda a dicho órgano jurisdiccional.

Con el ánimo de seguir un orden cronológico, el siguiente texto que marcó la política de la EU, y por la construcción del AFSJ, fue el Tratado de Niza⁵⁰, firmado en 2001. La redacción que se dio al Tratado no produjo cambios de importancia en lo que respecta a la cooperación judicial en materia penal.

No obstante, cabe resaltar la potenciación que se llevó a cabo de las funciones de EUROJUST⁵¹, la introducción de la posibilidad de iniciar propuestas legislativas cuando se reuniese el acuerdo de una cuarta parte de los Estados miembros y, sobre todo, la previsión de crear una Fiscalía Europea para combatir las infracciones contra los intereses financieros de la Unión, sin perjuicio de ampliar sus competencias a supuestos de delincuencia grave transfronteriza⁵².

Tras la celebración del ECMACM 2000, y considerando el texto del Tratado de Niza de una importancia secundaria, el siguiente acontecimiento de importancia para la compartición y validez de la prueba transfronteriza en la EU tuvo lugar en el 2002, con la aprobación de la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio, relativa a la Orden Europea de Detención y Entrega (EAW).

La FD que crea la EAW deja ver las consecuencias directas de los cambios orquestados por los instrumentos normativos a los que se aludía anteriormente. Con la EAW se define un nuevo mecanismo de naturaleza exclusivamente jurisdiccional a través del cual, una resolución judicial relativa a la detención y entrega de un sujeto llega directamente a la autoridad judicial encargada de ejecutarla. Esta importante innovación, cuya aportación a la obtención y validez de los elementos probatorios se

⁵⁰ Firmado el 26 de febrero de 2001, el Tratado de Niza entró en vigor el 1 de febrero de 2003. El principal rasgo, al margen del mundo del Derecho Procesal, fue abrir la EU a los países del Este.

⁵¹ EUROJUST fue creada por Decisión 2002/187/JHA del Consejo, modificada por la Decisión 2009/426/JHA del Consejo, de 16 de diciembre de 2008 y se potenciaron sus atribuciones a través de los artículos 29 y 31 del Tratado de la EU, según la redacción de Niza en 2001.

⁵² Esta iniciativa de creación de la Fiscalía Europea, aun no ha aprobada, tomó fuerzas renovadas en la redacción del Tratado de Funcionamiento de la Unión, en concreto en su artículo 86.1:

Para combatir las infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la EU, el Consejo podrá crear, mediante reglamentos adoptados con arreglo a un procedimiento legislativo especial, una Fiscalía Europea a partir de EUROJUST. El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo.

analiza en el cuarto de los capítulos de este trabajo, supuso la primera medida de alcance basada en el MR que, además, ha demostrado ser de una indudable utilidad⁵³.

A raíz del éxito de la mencionada EAW, se inició una actividad normativa que se concretó en la puesta en marcha de varios proyectos normativos, como 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 entre los Estados miembros; la propuesta de Decisión Marco del Consejo de 2005 sobre lucha contra la criminalidad organizada, que se traduciría en la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo de 24 de febrero de 2005 relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito, y el libro verde⁵⁴ de 2004 sobre MR de medidas de control no privativas de libertad.

Como último hito de importancia previo a la celebración del Tratado de Lisboa, el 27 de mayo de 2005, en la localidad alemana de Prüm, España firmaba junto con Alemania, Austria, Bélgica, Francia, Luxemburgo y Países Bajos el Convenio relativo a la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la inmigración ilegal⁵⁵. En concreto, el Convenio de Prüm facilita sobremanera el intercambio de elementos probatorios relativos a datos dactiloscópicos, perfiles de ADN y matrículas de vehículos.

Dicho Convenio se incorporó al acervo comunitario a través de la denominada Decisión Prüm⁵⁶ y supuso un importante avance en la cooperación interestatal. Aunque los mayores méritos del acuerdo se encuentran en el plano operativo-policial, el ámbito judicial está presente en diversos preceptos del Convenio. Entre ellos, a

⁵³ En las últimas estadísticas existentes, que hacen referencia al año 2014, se emitieron 14700 EAW, con la localización o detención de 9660 personas, y la entrega de 5480 de ellas. Cifras referidas al conjunto de la EU. Puede consultarse en:

https://e-justice.europa.eu/content_european_arrest_warrant-90-es.do

⁵⁴ Un libro verde es un documento de trabajo en el que se reflejan debates y propuestas relativas a un tema en concreto.

⁵⁵ Ratificado por España el 18 de julio de 2006, BOE 307 de 25 de diciembre de 2006.

⁵⁶ Decisión 2008/615/JAI del Consejo, de 23 de junio de 2008 sobre la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza. DOUE L 210 de 6 de agosto de 2008.

través de la posibilidad de que un elemento de prueba obtenido en un Estado pueda ser utilizado en otro país diferente siempre que se cuente con el visto bueno del Estado emisor⁵⁷, en la primacía del derecho del Estado requirente en cuanto al acto de la solicitud y la del derecho del Estado requerido en cuanto a la transmisión de la información, o cuando prevé la transmisión de información de interés policial con carácter preventivo en casos de grandes acontecimientos o para la prevención de actos terroristas⁵⁸.

f) El Tratado de Lisboa

Como sexto hito de importancia en la evolución normativa de la obtención de la prueba fronteriza, examinaremos la actual redacción del Tratado de la EU. Las intenciones y evolución de la perspectiva de la EU en materia de cooperación penal tuvo un importante impulso con la redacción del Tratado de Lisboa⁵⁹ (en lo sucesivo, ToL) que modifica el Tratado de la EU y el Tratado de funcionamiento de la Unión, en cuyos artículos 67 y siguientes se desarrolla el AFSJ, antiguo tercer pilar de la EU.

En la redacción del ToL, la EU se constituye en un espacio de libertad seguridad y justicia dentro del respecto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros⁶⁰.

En concreto, a través de su articulado, la Unión se compromete a garantizar un nivel elevado de seguridad mediante medidas de prevención de la delincuencia, el racismo y la xenofobia y de lucha en contra de ellos, medidas de coordinación y cooperación entre autoridades policiales y judiciales y otras autoridades competentes, así como mediante el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal y, si es necesario, mediante la aproximación de las legislaciones penales⁶¹.

⁵⁷ Artículo 26.1. del Tratado de Prüm.

⁵⁸ Artículos 13 y 16 del Tratado de Prüm.

⁵⁹ Firmado el 13 de diciembre de 2007 y que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009. DO C 115 de 9.5.2008.

⁶⁰ Artículo 67.1 del Tratado de Lisboa.

⁶¹ Artículo 67.3 del Tratado de Lisboa.

La redacción del Tratado también reserva al Consejo la responsabilidad de definir las orientaciones estratégicas de la programación legislativa y operativa en el espacio de libertad, seguridad y Justicia⁶², y habilita la posibilidad de que los Estados organicen entre ellos y bajo su responsabilidad formas de cooperación y coordinación, en la medida que lo estimen adecuado, entre servicios competentes de sus administraciones responsables de velar por la seguridad nacional⁶³.

En consonancia con las conclusiones del Consejo de Tampere, todas las medidas de cooperación podrán y deberán estar basadas en el principio de MR de las resoluciones judiciales, tal y como recoge en el artículo 82⁶⁴ del ToL. Además, en el mismo artículo, el Parlamento y el Consejo se comprometen a una serie de medidas como son establecer normas y procedimientos comunes, prevenir los conflictos entre jurisdicciones, apoyar la formación del personal y facilitar la cooperación entre autoridades, estableciendo normas mínimas referidas a aspectos básicos del proceso penal como los derechos de las partes y las víctimas, y la admisibilidad de pruebas. Normas mínimas que el art. 83 permite establecer para la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y que tengan una dimensión transfronteriza, tales como terrorismo, trata de seres humanos, explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada. Teniendo en cuenta la evolución de la delincuencia, el Consejo podrá adoptar una decisión que determine otros ámbitos delictivos que respondan a los criterios previstos en el presente apartado.

⁶² Artículo 68 del Tratado de Lisboa.

⁶³ Artículo 73 del Tratado de Lisboa.

⁶⁴ Artículo 82 del Tratado de la Lisboa (antiguo artículo 31 EUT)

1. La cooperación judicial en materia penal en la Unión se basará en el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales e incluye la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en los ámbitos mencionados en el apartado 2 y en el artículo 3.

El Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas tendentes a:

- a) establecer normas y procedimientos para garantizar el reconocimiento en toda la Unión de las sentencias y resoluciones judiciales en todas sus formas;*
- b) prevenir y resolver los conflictos de jurisdicción entre los Estados miembros;*
- c) apoyar la formación de magistrados y del personal al servicio de la administración de justicia;*
- d) facilitar la cooperación entre las autoridades judiciales o equivalentes de los Estados miembros en el marco del procedimiento penal y de la ejecución de resoluciones.*

Como puede comprobarse, en la redacción del Tratado de la EU adoptado en Lisboa, la Unión apuesta de una forma decidida por la configuración de un Sistema Penal Europeo. Pero, adicionalmente, el ToL materializa un importante cambio en la sistemática de elaboración normativa. Los asuntos de justicia e interior ya no son un pilar intergubernamental, y la aprobación de las medidas que se adopten dejan de requerir unanimidad para su aprobación, para pasar a adoptarse por el procedimiento legislativo ordinario de codecisión de Parlamento y Consejo, en el que basta una mayoría absoluta para aprobar un Reglamento o Directiva que regule aspectos relativos a la cooperación judicial.

Este proceso de aprobación de normas, denominado codecisión, tiene en cuenta al Parlamento Europeo, aumentando el respaldo democrático de las normas aprobadas⁶⁵. En otras palabras, el artículo 82.1 del ToL comunitariza de manera definitiva la cooperación judicial penal, algo que supone una excelente oportunidad para acelerar el ritmo de creación y mejora de las herramientas de obtención y validez de elementos probatorios en el seno de la EU.

Es aquí donde radica el motivo por el que, como adelantábamos al comienzo del capítulo, la EU se encuentra en un momento propicio para mejorar de manera ostensible no sólo la obtención de estos medios de prueba, sino probablemente también para dar un decidido paso adelante en cuanto a la posterior validez de los indicios obtenidos a través de la cooperación transnacional.

En un asunto tan intrínseco a la soberanía nacional como las normas que han de regir la admisibilidad de los medios de prueba, o cómo han de aplicarse las normas procesales, la situación anterior en la que se requería unanimidad para generar cualquier norma en la materia suponía que las herramientas aprobadas eran pocas en

⁶⁵ Tómense como referencia las críticas realizadas por Bernd Schünemann en cuanto al poco respaldo democrático del que gozaban las Decisiones Marco en: Schünemann, B., “¿Peligros para el estado de derecho a través de la europeización de la administración de justicia penal?”, en Armenta Deu, T. (Coord.), *El derecho procesal penal en la Unión Europea. Tendencias actuales y perspectivas de futuro*, ed. Cóllex, 2006, p. 26.

número y limitadas en cuanto alcance, tratando siempre de obtener un consenso de la máxima amplitud a través de acuerdos de mínimos.

La situación que dibuja el ToL, desarrollado por el programa de Estocolmo sobre el que se volverá más adelante, atenúa considerablemente estas dificultades, permitiendo una mayor actividad normativa, y unos textos considerablemente más ambiciosos en su contenido. Fruto de esta nueva situación, surgieron diversas normas⁶⁶ (Directivas o Decisiones Marco, según su fecha de aprobación) que tienen por finalidad mejorar el funcionamiento del que ya es visto por numerosos autores⁶⁷ como el embrión del Sistema Europeo de Derecho Penal.

Varias de estas normas⁶⁸, nacidas al albor del principio de MR, destacaron por su relación directa con la obtención y admisibilidad de elementos probatorios transfronterizos. Entre ellas destacan la Decisión Marco 2003/577/JAI, relativa a la Ejecución de resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas; o la Decisión Marco 2006/783/JAI del Consejo relativa al reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso de bienes a autores de actos delictivos aunque se encuentren en otro país de la EU. Ambas han sido derogadas por la Orden Europea de Investigación, que será objeto de extenso análisis en este trabajo, pero supusieron los primeros intentos, por parte de la EU, de acometer la tarea de desarrollo normativo que consiga la libre circulación de elementos probatorios.

La Directiva que da lugar a la Orden Europea de Investigación, también derogó la Decisión Marco 2008/978/JAI del Consejo, de 18 de diciembre, relativa al Exhorto

⁶⁶ Entre ellas la Directiva 2010/64/EU del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de octubre de 2010 relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales; o la Directiva 2012/13/EU del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2012 relativa al derecho a la información en los procesos penales.

⁶⁷ Entre otros por Téllez Aguilera, A. “Nuevas posibilidades de cooperación en la ejecución penal en el marco del Tratado de Lisboa y del Programa de Estocolmo”, *La ley penal revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 74, 2010.

⁶⁸ Además de las tratadas explícitamente en el texto, destacan la Decisión Marco 2008/947/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas; y la Decisión Marco 2009/948/JAI del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales.

Europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal.

La evaluación que se haga de los avances que presentaba la FD del Exhorto Europeo ha de limitarse, necesariamente, al ámbito teórico pues a pesar de su aprobación, nunca llegó a ser aplicada. En cualquier caso, constituye un interesante punto de partida en cuanto a su apuesta decidida por el MR como sistema de cooperación, y también en detectar las razones de su fracaso con el fin de no repetir sus defectos en futuras normas.

g) La Orden Europea de Investigación

Respetando el hilo cronológico que guía este apartado, el séptimo de los acontecimientos con transcendencia en la compartición de prueba en el seno de la EU que analizaremos será la Orden Europea de Investigación (EIO), aprobada por la Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014. Esta norma resulta de especial interés por lo ambicioso de su ámbito de aplicación y por tener una relación directa con los objetivos de este trabajo. Aunque se le dedica el capítulo V de este trabajo, en líneas generales puede afirmarse que la finalidad de la EIO es convertirse en una herramienta integral, flexible y eficaz para la obtención de elementos de prueba en territorio de otros Estados de la EU.

Resulta evidente que la EIO capitaliza la determinación de los órganos legisladores de la EU por basar, casi en exclusiva, la cooperación procesal penal en herramientas al amparo del MR.

La Directiva de la EIO surgió con la intención de unificar los diferentes mecanismos de obtención de pruebas en la EU. La visión que guió su elaboración fue conseguir que el AFSJ fuese un escenario donde tenga lugar una ágil circulación de pruebas en el ámbito penal estableciendo unos plazos limitados en el tiempo y reduciendo

drásticamente los motivos de denegación en el reconocimiento y ejecución de las medidas de investigación requeridas.

Es importante aclarar que, a diferencia del malogrado Exhorto Europeo de Investigación, la EIO no se limita al trasvase de pruebas que ya existen y que obran en el poder del Estado miembro requerido o ejecutante, sino que afecta también a aquellos datos, documentos, movimientos bancarios, etc.,... que todavía no se han obtenido. Es decir constituye un mandamiento para que se lleve a cabo un acto de investigación proactivo.

Desde un punto de vista práctico, el fin último perseguido es que cualquier Juzgado de Instrucción pueda solicitar la ejecución de actos de investigación y la transferencia de pruebas en el territorio de otro país miembro.

Las posibilidades de la EIO son potencialmente enormes. En el artículo tres de la Directiva, deja claro que su ámbito de aplicación afecta a todas las medidas de investigación, salvo aquellas que se realicen en el marco de la constitución de un JIT, figura con la que convivirá en este ámbito puesto que no ha sido derogada por la entrada en vigor del citado texto.

Este ámbito de aplicación tan extenso significa un avance importante, dado que no se describen, de manera explícita, una serie de medidas para las que la medida será efectiva, sino al contrario, cualquier medida que pueda surgir en la instrucción de un proceso penal se entenderá incluida por defecto. Sólo alguno de los actos de investigación deberá llevarse a cabo siguiendo determinadas instrucciones, como se detallará en el capítulo correspondiente.

En cuanto a los procedimientos en los que podrá emplearse una EIO, el artículo cuatro señala que serán todos aquellos incoados por una autoridad judicial penal, de otra jurisdicción, o incluso administrativa, si el proceso que provoca el acto de investigación es de naturaleza penal, o de otra jurisdicción que pueda dar lugar a un proceso en la jurisdicción penal.

Otro de los puntos importantes en la redacción de la Directiva es quién podrá ser emisor de una EIO. Queda claro que deberá ser un juez, tribunal o fiscal, como era de esperar. No obstante, en el artículo segundo deja abierta la posibilidad de que la EIO sea emitida por una autoridad administrativa definida por el Estado miembro que emita la Orden y que tenga la capacidad para investigar y ordenar la recolección de pruebas en el ámbito penal. Esta autoridad administrativa tiene un rol que nada tiene que ver con las funciones de control y arbitraje que se describían para las medidas basadas en la MA. Su papel solo tendrá sentido en determinados países en los que éste tipo de autoridades tengan protagonismo en los actos de investigación⁶⁹.

A parte de los posibles motivos de denegación y otros pormenores que se detallarán más adelante, la Directiva establece una serie de requisitos para su emisión y tramitación. Por un lado busca la simplificación y rapidez en la confección de la petición. Para ello establece una serie de modelos predeterminados de solicitud, confirmación de recepción, contestación, etc.,... que buscan que la autoridad que va a emitirlo lo haga de una forma casi mecánica y sin que pueda olvidar cumplimentar ninguno de los datos necesarios.

Por otro lado, para su emisión por parte del Estado requirente, la condición más característica es que la medida de investigación requerida sea lógica y apropiada para un delito similar que tuviese lugar en el país de emisión. Este requisito resulta lógico, pues no tendría sentido solicitar a otro país miembro que llevase a cabo actos de investigación que podrían incluso conculcar algún derecho fundamental y que no se contemplan en un ámbito doméstico en su propio territorio.

Otro punto de gran interés que presenta la EIO es el establecimiento de unos “plazos razonables” para el reconocimiento y ejecución de la EIO así como para llevar a cabo la medida investigativa concreta. Así, el Estado llamado a ejecutar la medida dispondrá de 30 días para su reconocimiento y ejecución, y de un máximo de 90 días

⁶⁹ Dinamarca es un buen ejemplo de Estado miembro en el que las autoridades administrativas tienen un rol protagonista en la validación de los actos de investigación en el ámbito penal.

para llevar a cabo la medida concreta. De esta forma, el proceso total debería concluirse en un máximo de cuatro meses. Si se dan determinadas circunstancias de urgencia o específicas de la medida a ejecutar, estos plazos podrían incluso acortarse.

Aunque esta premura de tiempo supone una carga adicional para el Estado ejecutante, y en ocasiones existirán serias dificultades para cumplir con estos plazos, el establecimiento de un plazo temporal limitado supone un avance y un acierto. No en vano, el excesivo retraso en la ejecución de otras medidas tradicionales de cooperación como las comisiones rogatorias supone uno de los mayores obstáculos a la cooperación judicial efectiva.⁷⁰

En conclusión el panorama que dibuja la EIO, complementada por la actividad de los JIT, establece las bases para un AFSJ en el que los medios de prueba puedan circular de manera ágil y eficaz entre las autoridades encargadas de la investigación penal de los diferentes Estados miembros. Todo ello con unos niveles aceptables de fiabilidad y de mínima intervención de las autoridades gubernativas.

No obstante, sería un error obviar que este camino para la compartición de las evidencias que configura la EIO tiene todavía importantes obstáculos por delante. Entre ellos, la trasposición que deben hacer los Estados miembros de la Directiva⁷¹ y, sobre todo, la aplicación práctica de lo dispuesto por la norma europea. La Directiva no deja de ser una norma teórica que está, en el momento de escribir este trabajo, en un estado embrionario de implantación.

⁷⁰ Bachmaier Winter, L., “European investigation order for obtaining evidence in the criminal proceedings. Study of the proposal for a European directive”, *Zis-online*, 2010, disponible en: http://zis-online.com/dat/artikel/2010_9_490.pdf

⁷¹ La citada directiva fue transpuesta al ordenamiento español por la Ley 3/2018, de 11 de junio, por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, para regular la Orden Europea de Investigación.

h) El programa de Estocolmo

Para finalizar el recorrido histórico en el que se ha querido enmarcar el estado de la cuestión, resulta importante mencionar, aunque de manera somera, el Programa de Estocolmo. Entre los puntos que trataba, se encuentran algunas medidas que se verán reflejadas a lo largo de este capítulo y que influyen en la compartición y validez de los medios de prueba.

Sucedido en el tiempo al de La Haya (2005-2009), el Programa de Estocolmo definió las prioridades de la EU en materia de libertad, seguridad y Justicia para el periodo 2010-2014. Todas enfocadas a dar respuesta a *la Justicia que quiere Europa*⁷², y partiendo como premisa de la constatación de la necesidad de que *las políticas desarrolladas en los ámbitos de la Justicia y la seguridad interior se sustenten mutuamente, refuercen su coherencia y se integren de forma armoniosa en las otras políticas de la Unión*.

El contenido del Programa de Estocolmo fue ciertamente amplio, no obstante, para el caso que nos ocupa únicamente resaltaremos los aspectos relacionados con la obtención eficaz de los medios de prueba transnacionales, resumidos en aquellos relacionados con la formación, la protección de grupos vulnerables, el refuerzo del MR entre los diferentes ordenamientos jurídicos, y la armonización.

En cuanto a la formación⁷³, para poder favorecer el nacimiento y consolidación de una auténtica cultura europea de Justicia y Seguridad, se determinó esencial reforzar los conocimientos que sobre estas materias deben tener todos los profesionales en ellas implicados⁷⁴. En concreto, se señaló la especial importancia de la formación de jueces, fiscales, funcionarios judiciales, policías, agentes de policía y de aduanas y

⁷² Redacción original del texto del Programa de Estocolmo, Programa de Estocolmo — una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano (Diario Oficial de la Unión Europea 115/01, de 30.04.04), disponible en:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:115:0001:0038:es:PDF>

⁷³ Apartado 1.2.6 del Programa de Estocolmo.

⁷⁴ Téllez Aguilera, A., “Nuevas posibilidades de...”, *op cit.*

guardias fronterizas, para lo cual se estableció como objetivo implementar programas sistemáticos de enseñanza.

Por otra parte, en cuanto a la protección de grupos vulnerables⁷⁵, se consideró inaceptable toda clase de discriminación, por lo que se instó a la EU y los Estados miembros deben hacer un esfuerzo para integrar plenamente en la sociedad a los grupos vulnerables entre los que el texto citaba a las víctimas de la violencia de género y a los miembros de la etnia gitana.

En relación a lo dispuesto por el Programa de Estocolmo para el refuerzo del reconocimiento mutuo entre los diversos ordenamientos jurídicos⁷⁶, punto ya comentado en este capítulo y sobre el que se insistirá más adelante, se expuso que el MR precisa de pasos previos que allanen el camino de manera considerable. El principal de estos pasos sería la armonización de la normativa, tanto en su faceta procesal como sustantiva y que fomentaría la confianza que debe dar lugar al reconocimiento. En este sentido otro de los pasos sería asegurar, en cualquier instrumento de colaboración que se apruebe, la correcta protección de los derechos de los acusados y sospechosos en un proceso penal. En capítulos sucesivos de este trabajo, se podrá constatar que éste es uno de los puntos que causan más recelo en los debates que suscitan algunas medidas innovadoras como fue el Exhorto de Investigación o como es la Orden Europea de investigación. Si se consiguen garantizar los derechos de defensa, réplica, etc.,... de los implicados en un proceso penal, no cabe duda que aumentará no solo la confianza entre los diferentes Estados miembros, sino también entre el ciudadano para con su administración de justicia.

Por último, respecto a la armonización⁷⁷, el Programa instaba a las distintas instituciones comunitarias a buscar el modo de mejorar la coherencia de las disposiciones de Derecho Penal a través de los instrumentos desarrollados por la EU.

⁷⁵ Apartado 2.3.3 del Programa de Estocolmo.

⁷⁶ Apartado 2.4 del Programa de Estocolmo.

⁷⁷ Apartado 3.3.1 del Programa de Estocolmo.

2.2. La protección de los derechos fundamentales de naturaleza procesal

Al margen de las normas enfocadas a la obtención de los elementos de prueba, antes expuestas, existe otro grupo de disposiciones de gran importancia para que esta admisión tenga el nivel necesario de eficacia procesal. Se trata de las iniciativas legislativas de la EU enfocadas garantizar los derechos procesales de los encausados. Resulta evidente que el respeto de estos derechos de los investigados mientras se obtienen los indicios contribuirá de manera importante a la posterior validez de los mismos.

Por esta razón, resulta de gran importancia que haya instrumentos legislativos que garanticen unos mínimos en cuanto a protección de los derechos de los investigados, y que respalden a las medidas enfocadas a la obtención eficaz de medios de prueba.

En este sentido, la actividad normativa de la EU comenzó con la Decisión del Consejo de 2004 relativa a determinados derechos procesales en los procesos penales celebrados en la EU, finalmente retirada en junio 2007.

Tras este intento fallido, el segundo acto de importancia lo encontramos en la Directiva 2010/64/EU del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales⁷⁸, actualmente en vigor, y que constituyó el primer paso para establecer unas normas mínimas relativas a los derechos procesales en toda la EU.

Aunque su título amplíe el ámbito de actuación a los procesos penales en general, su origen hay que buscarlo en dar la necesaria protección a los derechos de los afectados por una EAW, atendiendo a la fecha en la que se publicó. Entre sus aspectos más destacados está la gratuidad de la interpretación que debe ponerse a disposición de los sospechosos o acusados que no comprendan la lengua en la que discurra el proceso penal, así como en el interrogatorio policial; las reuniones esenciales entre

⁷⁸ Diario Oficial de la Unión Europea L 280/1, de 26.10.2010, pp. 1-7

cliente y abogado; y en todas las vistas judiciales y las audiencias intermedias que sean necesarias.

La Directiva también incluye el derecho a traducción de documentos esenciales en el proceso. Cabe preguntarse, a renglón seguido, qué documentos considera el legislador como esenciales. En este sentido, la Directiva considera que ineludiblemente deben ser objeto de traducción:

- Cualquier resolución que prive a una persona de libertad
- Cualquier escrito de acusación
- Cualquier sentencia.

No se hace mención expresa a que las comunicaciones escritas relativas a la práctica de medidas de investigación tengan que ser objeto de preceptiva traducción. Aunque en el articulado se habilita a las autoridades competentes a decidir la necesidad de traducir cualquier otro documento⁷⁹ (también puede solicitarlo la defensa), en el apartado cuarto del artículo 3 vuelve a incidir en que, incluso en esos documentos considerados inequívocamente de interés, puede omitirse aquellos pasajes que no resulten pertinentes para que el sospechoso o acusado tenga conocimiento de los cargos que se le imputan.

Sin embargo, el análisis de esta Directiva está incompleto si no se pone en relación con la Directiva 2012/13/EU del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales⁸⁰. En el texto de la Directiva 2012/13/EU, se estandariza la información a la cuyo acceso tiene derecho la persona investigada, singularizada en:

⁷⁹ Artículo 3.3 de la Directiva 2010/64/EU del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales.

⁸⁰ Ambas directivas han sido transpuestas al ordenamiento español a través de la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para transponer la Directiva 2010/64/EU, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/EU, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales.

- Derecho a tener acceso a un abogado.
- Eventual derecho a recibir asistencia letrada gratuita.
- Derecho a ser informadas de la acusación.
- Derecho a interpretación y traducción.
- Derecho a permanecer en silencio.

Cuando la persona investigada se encuentre privado de libertad, deberá además recibir información, por parte de las fuerzas policiales y en lenguaje comprensible, acerca de los derechos adicionales que les amparan como:

- Acceso a los documentos del expediente.
- Derecho a informar a una persona y a contactar con las autoridades consulares.
- Derecho a atención médica urgente.
- Derecho a conocer el período máximo, en horas y días, que pueden estar privadas de libertad antes de ser llevadas ante una autoridad judicial.
- Posibilidad de impugnar la legalidad de la detención.

Como se adelantaba, para el caso del detenido, el derecho a la información puesto en relación con el derecho a la traducción que recoge la Directiva 2010/64/EU, asegura que el afectado tendrá acceso a la información del expediente en la que puede entenderse incluida la práctica de actividades indagatorias en búsqueda de medios de prueba. En este sentido, las autoridades no deberían plantear problemas para disponer la traducción de cuantas partes del expediente sean solicitadas por la defensa del detenido.

Sin embargo no parece tan claro que el investigado, no detenido, tenga un acceso tan amplio a la traducción de los documentos del proceso, ni a la interpretación oral que pueda requerir alguno de los actos procesales, a menos que estos reflejen una calificación expresa de los cargos imputados.

También de relación directa con la protección de los derechos en el proceso penal, en 2013 se aprobó la Directiva 2013/48/EU del Parlamento Europeo y del Consejo, de

22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia letrada en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad⁸¹.

Relativo a las referencias empleadas en la Directiva 2013/48/EU, resulta especialmente interesante el modo en que basa sus disposiciones en la Carta Europea de los Derechos Fundamentales (EFRC), en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (ECoHR) y en lo que establece, al respecto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR). Aunque en este trabajo se volverá sobre estos documentos más adelante, no es una cuestión baladí que la EU legisle con la mira puesta en el respeto a estos acuerdos, así como en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (ECHR). Da una idea de la concreción a la que debe dirigirse la protección de los derechos procesales, y a su fundamental contribución a la admisibilidad de los medios de prueba obtenidos en otro Estado miembro.

En cuanto a la regulación concreta de los derechos tratados, la Directiva determina la obligatoriedad, por parte de los Estados miembros, de proporcionar asistencia letrada a los investigados y de garantizar una comunicación directa y fluida del sospechoso con su abogado. Llama la atención la posibilidad de renuncia a este derecho que dispone la norma, algo que podría constituir un problema en la práctica de ciertas diligencias para aquellos países en los que el derecho a la asistencia letrada es irrenunciable, como es el caso de España.

Se menciona de manera expresa el papel de la asistencia del abogado en actividades encaminadas a la obtención de pruebas. El artículo 3.3.c) enumera un mínimo de actuaciones en las que el letrado ha de estar, al menos, presente. En concreto, se trata de las ruedas de reconocimiento, careos o de la reconstrucción de los hechos. Establecer estos umbrales mínimos es ya un avance considerable, en cuanto a la armonización de las normas procesales penales. No obstante, un objetivo

⁸¹ Diario Oficial de la Unión Europea L 294, de 6.11.2013, pp. 1-12.

más ambicioso hubiera sido obligar a la presencia del letrado en cualquier diligencia de la que devenga la identificación o que, en su caso, conduzca por sí sola a desvirtuar la presunción de inocencia del afectado.

En contraste con la legislación nacional española que asegura la asistencia letrada gratuita, en los estándares mínimos que la Directiva establece para la asistencia jurídica, se incluye una evaluación económica de la situación del sospechoso o acusado en función de la cual, corresponderá o no la gratuidad del mencionado derecho. Esta evaluación económica va aparejada a otra relativa al fundamento de la solicitud, concretada en la complejidad del asunto, la situación personal y social de la persona, la gravedad del delito y la severidad de la posible pena aplicable. En caso de que entren en juego penas privativas de libertad, se aplicará la gratuidad de manera automática.

Por último, en el año 2016, se aprobaba la Directiva 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos⁸².

Con dicha norma, la EU llenó un vacío legislativo que afectaba al tratamiento de datos de carácter personal cuando tiene lugar en el transcurso de un proceso penal. En líneas generales, la Directiva 2016/680 establece una serie de principios que deben regir su transposición a los ordenamientos nacionales, y el tratamiento de estos datos en los procesos penales de los Estados miembros.

El primero de los principios es el de licitud y lealtad consistente, por una parte, en que todo tratamiento debe estar contemplado por la legislación interna del país donde se lleve a cabo el proceso o, en su defecto, por la normativa europea. Por otro lado, la

⁸² Diario Oficial de la Unión Europea L 119/11, de 4 de mayo de 2016, pp. 89-171.

lealtad se entiende como la transparencia en cuanto a que los afectados cuyos datos sean objeto de tratamiento, sean conscientes de que éste se está llevando a cabo.

Otro de los principios establecidos es el de la limitación de la finalidad, de manera que los datos se recojan para unos fines concretos, explícitos y legítimos, siendo estos los correspondientes a la prevención, la investigación, la detección o el enjuiciamiento de infracciones penales o la ejecución de sanciones penales, incluidas la protección y la prevención frente a las amenazas para la seguridad pública⁸³. Este principio está en estrecha relación con otros dos de los promulgados, el de la minimización que puede resumirse en que los datos objeto del tratamiento sean los estrictamente necesarios, y en el de la limitación temporal de dicho tratamiento, que ha de ceñirse al estrictamente necesario.

La Directiva también determina que los datos de carácter personal tratados en el proceso penal, lo sean desde el principio de exactitud y de la actualización de los mismos. En este aspecto, la Directiva introduce un importante matiz que diferencia el concepto de exactitud en el ámbito penal del resto de campos. En concreto, el considerando 30 de la Directiva afirma que *“En particular en los procedimientos judiciales, las declaraciones que contienen datos personales se basan en la percepción subjetiva de las personas físicas y no siempre son verificables. En consecuencia, el requisito de exactitud no debe relacionarse con la exactitud de una afirmación, sino exclusivamente con el hecho de que se ha formulado una afirmación concreta”*.

Por último, la Directiva establece que los datos han de ser tratados de manera que se asegure la seguridad y confidencialidad de los mismos, dando una importante relevancia al principio de responsabilidad, en cuanto a la adopción de medidas organizativas que garanticen que los datos se traten de la manera que dictamina la propia Directiva.

⁸³ Considerando 29 de la Directiva 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril.

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS

Con el fin de centrar el problema objeto de esta investigación y dada la extensión del estado de la cuestión, detallado en el apartado anterior, recapitularemos lo tratado hasta ahora con el fin de obtener una visión de conjunto de la situación normativa actual en la EU, en cuanto a la obtención eficaz de la prueba transfronteriza. De este modo podremos identificar cuáles son los problemas que plantea la actual regulación y que impiden que la transferencia de medios de prueba goce de toda la eficacia deseada.

Por seguir el orden cronológico, en cuanto a la normativa surgida fuera del ámbito de la EU, continúa en vigor el ECMACM 1959, nacido al amparo del Consejo de Europa. No obstante, su aplicación es residual y limitada a la cooperación entre Estados miembros y terceros países.

En el estricto ámbito comunitario, la EU se halla inmersa en un proceso de cambio que parte de las herramientas basadas en la MA, y que se dirige hacia un sistema configurado casi en exclusividad por el principio de MR⁸⁴. En cualquier caso, como se ha podido comprobar por las normas que siguen vigentes, la hoja de ruta de la Unión contempla que este camino nunca concluya de manera definitiva puesto que se mantendrán algunas de las herramientas cuyo principio de funcionamiento es la MA.

Precisamente como punto de partida, en una vigencia y uso relativos, se encuentran los mecanismos de cooperación basados en la MA. En concreto, los surgidos a raíz del SA, y del ECMACM 2000. Requieren mención especial, en cuanto a la obtención y validez de los elementos probatorios, los Equipos Conjuntos de Investigación (JIT) por su extendida aplicación y la versatilidad de su configuración. Estos equipos, creados por el ECMACM 2000, continúan en funcionamiento aun con la entrada en

⁸⁴ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
“Artículo 82

1. La cooperación judicial en materia penal en la Unión se basará en el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales e incluye la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en los ámbitos mencionados en el apartado 2 y en el artículo 83./”

funcionamiento de otro tipo de mecanismos, como se verá más adelante.

La situación final deseada la configuran los mecanismos basados en el MR cuyo máximo exponente, en cuanto a la obtención de medios de prueba, es la Directiva sobre la EIO. Como ya se expuso, esta Directiva surge con la idea de constituir una herramienta integral para la obtención de pruebas en el ámbito de la EU, sustituyendo otras medidas anteriores que tenían un ámbito de aplicación más limitado. En el momento de redacción de este trabajo la Directiva de la EIO se halla en fase de transposición a las legislaciones nacionales⁸⁵.

Es preciso aclarar que el término "sustituir" no se emplea en el párrafo anterior de manera casual. La Directiva de la EIO no deroga los convenios antes mencionados y basados en la MA, sino que los sustituye. Es decir, los convenios seguirán siendo de aplicación cuando sea precisa la cooperación de algún tercer Estado, o cuando alguno a algunos de los países miembros no les sea de aplicación la Directiva.⁸⁶ También serán de aplicación cuando la naturaleza de la cooperación requerida no esté contemplada en la Directiva de la EIO, es decir, se requiera el auxilio para una cuestión diferente a la de la obtención de medios de prueba, como la práctica de citaciones y notificaciones, los intercambios espontáneos de información o el traslado de denuncias a efectos procesales.

Además, como se adelantaba con anterioridad, la Directiva de la EIO prevé la pervivencia de los JIT, creados con el sustento legal del ECMACM 2000. Así se cita de manera explícita en el artículo 3⁸⁷ de la Directiva.

⁸⁵ El plazo para cumplir con este trámite finalizó el 22 de mayo de 2017 sin que España materializase dicha transposición. La transposición en nuestro país no tuvo lugar hasta el año 2018, a través de la Ley 3/2018, de 11 de junio, por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, para regular la Orden Europea de Investigación.

⁸⁶ La Directiva de la EIO no es de aplicación ni a Dinamarca ni a Irlanda.

⁸⁷ *Artículo 3. Ámbito de aplicación de la EIO*

La EIO comprenderá todas las medidas de investigación con excepción de la creación de un equipo conjunto de investigación y la obtención de pruebas en dicho equipo, como queda establecido en el artículo 13 del Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea y en la Decisión Marco 2002/465/JAI del Consejo, salvo a efectos de la aplicación, respectivamente, del artículo 13, apartado 8, del Convenio y del artículo 1, apartado 8, de la Decisión Marco.

Por otra parte, de la lectura de su artículo 34.2 se deduce que sí se deroga completamente la Decisión Marco 2008/978/JAI del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativa al Exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal, así como de la Decisión Marco 2003/577/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la Ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas.

Puede concluirse por tanto, que la situación normativa de los instrumentos para la obtención de pruebas transnacionales queda configurada con la EIO como única y versátil herramienta, con la aplicación subsidiaria del ECMACM 1959, del SA y del ECMACM 2000.

En cuanto a la protección de los derechos fundamentales de los investigados en el proceso penal, la EU ha comenzado a desarrollar una serie de mecanismos cuyos exponentes actuales son la Directiva 2013/48/EU 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, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad; la Directiva 2010/64/EU del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales; la Directiva 2012/13/EU del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales, y la Directiva 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos.

En este ámbito de protección de los derechos de los encausados y relacionado con la EIO, es importante resaltar que el considerando 12 de la DEIO⁸⁸ establece que, tanto la autoridad de emisión como la de ejecución, han de respetar lo establecido en el artículo 48 de la ChFREU. Además, artículo 11.1 f) de la DEIO contempla como motivo de denegación preceptivo la ejecución de medida de investigación que vulnere lo dispuesto en la ChFREU. Este aspecto resulta importante, dado que pone en estrecha relación la eficacia procesal de la prueba, con el acatamiento de lo dispuesto en la ChFREU y, en concreto, con la definición de lo que debe ser un proceso equitativo.

Es innegable la relación de las directivas mencionadas en el párrafo anterior con la admisibilidad de un elemento probatorio, ya sea de manera directa o indirecta, puesto que los indicios obtenidos pueden resultar ilícitos en caso vulneración de estos derechos.

No obstante, no existe norma europea alguna que entré a valorar la admisibilidad en profundidad, ni tampoco que ponga el respeto a dichas normas en relación con la consideración de un proceso equitativo enunciado en el artículo 6.1 del ECoHR. En nuestra opinión, en la hipotética armonización de las normas procesales que facilitarían la licitud esencial de la prueba, definir un concepto claro, o aproximado, de lo que supone el concepto “proceso equitativo” sería un excelente punto de partida.

Dicho lo anterior puede afirmarse, por tanto, que la Unión Europea está realizando un importante esfuerzo en la elaboración de mecanismos de cooperación en la libre circulación de medios de prueba entre sus Estados miembros. No obstante, a nuestro juicio, este prometedor camino en cuanto a la compartición de los productos de la

⁸⁸ El considerando 12 de la DEIO reza así:

“Al emitir una OEI, la autoridad de emisión debería prestar especial atención a garantizar el pleno respeto de los derechos reconocidos en el artículo 48 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (la Carta). La presunción de inocencia y los derechos de la defensa en los procesos penales, son una piedra angular de los derechos fundamentales reconocidos en la Carta en el ámbito de la justicia penal. Cualquier limitación de estos derechos mediante una medida de investigación ordenada de conformidad con la presente Directiva debe ajustarse a los requisitos establecidos en el artículo 52 de la Carta con respecto a la necesidad, proporcionalidad y a los objetivos de interés general que debe buscar, o a la necesidad de proteger los derechos y libertades de los demás.”

investigación no se ve respaldado por un esfuerzo homólogo referente a establecer unas garantías mínimas de eficacia procesal de éstos productos como elementos probatorios en los procesos penales de los diferentes países de la Unión. Sólo las Directivas mencionadas en cuanto a protección de los derechos de carácter procesal y a la protección de datos pueden considerarse un tímido avance en ese campo.

El motivo de esta carencia podría radicar en que, ya sea por considerarlo una injerencia desproporcionada vulneradora del principio de soberanía, o por estimar que es un avance que todavía tiene que esperar a un nivel mayor de integración, la EU no ha provisto a sus Estados miembros de unas reglas eficientes que ofrezcan unas mínimas garantías de que los medios de investigación transfronterizos van a convertirse en elementos de prueba lícitos en el proceso penal posterior a la fase de instrucción.

Dicho de otro modo, los mecanismos que está desarrollando la EU en el ámbito de la cooperación penal conseguirán pronto una auténtica y libre circulación de medios de prueba. No obstante, no existe el suficiente respaldo legal enfocado a mejorar la armonización de unos parámetros mínimos comunes que consigan que una prueba obtenida transfronterizamente tenga un nivel suficiente de garantías para ser admisible y, por ello, entrar a ser valorada por el órgano judicial competente.

En definitiva, no parece lógico que, aun cuando la EU provee a sus Estados miembros de unas versátiles herramientas de compartición de medios de prueba, no implemente utilidades que ofrezcan unas mínimas garantías de que las pruebas van a poder ser valoradas por un tribunal de cualquiera de los países intervinientes.

En opinión de una corriente doctrinal cada vez más compartida, es un deber de la EU tomar cartas en el asunto y aproximar los mínimos legales imprescindibles para que estos instrumentos devengan eficaces y seguros⁸⁹.

⁸⁹ Martínez García, E., *La Orden Europea de Investigación. Actos de Investigación, Ilícitud de la Prueba y Cooperación judicial transfronteriza*, ed. Tirant, 2016, p. 20.

En esta determinación de los estándares mínimos de admisibilidad deberían tenerse en cuenta las Directivas enfocadas a garantizar los derechos procesales de los sospechosos, mencionados con anterioridad. No obstante, aun resultando un importante avance, las disposiciones que estas directivas establecen quedan en un plano general que requieren de una mayor concreción.

Además, esta determinación de unas normas básicas o mínimos legales en cuanto a admisibilidad de las pruebas, que bien podrían adoptar la forma de Directiva, debe ir aparejada a la necesaria sincronización con las herramientas facilitadoras de la libre circulación de pruebas, especialmente con la EIO.

Precisamente en la redacción de la Directiva que creó la citada EIO, queda patente que la futura admisibilidad de los medios de prueba obtenidos preocupa al legislador. Muestra de ello son las salvaguardas a la realización de los actos de investigación con aplicación de los requisitos legales del Estado requirente, en aplicación del principio de *lex fori*.

No obstante, a tenor de las normas revisadas y de la bibliografía existente, no parece que estas trazas dirigidas a la futura licitud del material probatorio, ni las mencionadas directivas de protección de derechos procesales, sean suficiente garantía para facilitar la eficacia de los frutos de la investigación obtenidos.

En el plano del respeto a los derechos fundamentales procesales de los encausados y sus consecuencias en la admisibilidad de los medios de prueba, la principal referencia consensuada entre los Estados miembros es el respeto al derecho a un proceso equitativo, consagrado, en términos similares, en el artículo 47 de la ChFREU, el artículo 6 del ECoHR y en el artículo 14 del ICCPR. Aunque se analizará en profundidad en el segundo capítulo de este trabajo, puede adelantarse que aunque no ha entrado a valorar la admisibilidad o no de una prueba transfronteriza (cuestión que deja a las jurisdicciones nacionales), el ECHR ha emitido abundante jurisprudencia que ayuda a concretar cuándo se ha desvirtuado el principio aludido.

Para cerrar este apartado, y a modo de recapitulación, el problema objeto de este trabajo podría sintetizarse en que los instrumentos de compartición de medios de prueba en la EU no gozan del nivel adecuado de eficacia procesal en cuanto a que posibiliten la obtención de una prueba válida que pueda ser utilizada con garantías en un proceso penal de cualquier Estado de la EU.

Esta ineficacia es debida a que los instrumentos de obtención no están respaldados por normas que establezcan estándares comunes en materia de prueba, para que puedan obtenerse lícitamente o sin infracción legal alguna, lo que resulta comprensivo de aquellas que se han recabado sin violación de derechos fundamentales, ni infracción de normas procesales que salvaguarden derechos con un nivel inferior de protección. La determinación de estos estándares, una vez examinada la jurisprudencia del ECHR, podría tener como base la concreción del concepto de proceso equitativo reflejado en el artículo 6.1 del ECoHR.

IV. HIPÓTESIS DE PARTIDA

La situación planteada no tiene una solución sencilla, pero existen medios para solventarla. A la vista del problema descrito en el apartado anterior, y del análisis del estado de la cuestión, en su faceta normativa y doctrinal, se infiere que es necesario dotar a los Estados miembros de herramientas de cooperación procesal penal que garanticen una obtención ágil de elementos de prueba transfronterizos, y que ofrezcan unas garantías mínimas de su admisibilidad en el proceso penal.

Este problema sería resuelto si se cumpliera la hipótesis consistente en que el desarrollo y aplicación de herramientas ágiles de compartición de medios de investigación en el ámbito de la Unión Europea, estuviese respaldado por normas que ofrezcan unos mínimos legales facilitadores de la admisibilidad de las pruebas resultantes porque hayan sido obtenidas lícitamente a nivel transfronterizo. Es decir, si la redacción actual de estas medidas de cooperación aprobadas ofreciera por sí misma esos mínimos legales necesarios o, de manera adicional, fuesen complementadas con

otras normas relativas al establecimiento de dichos estándares comunes a nivel europeo.

V. METODOLOGÍA

Para alcanzar los objetivos de este trabajo, y evaluar la hipótesis formulada, se ha empleado una metodología que puede dividirse en dos pasos secuenciales.

El primero consistirá en contextualizar el *Corpus Iuris* que permite la obtención de la prueba transfronteriza europea, bajo el concepto del proceso equitativo previsto en el art. 6 de la ECoHR y el 47 de la ChFREU. Esta primera acción, incluye un análisis de la noción de proceso equitativo, que incluye una revisión de la jurisprudencia emitida por el ECHR y el CJEU al respecto, y también el estudio de las diferentes posturas doctrinales.

Al circunscribir el análisis de la relación de las normas de obtención con el concepto de proceso equitativo, sin aplicar otro referente procesal, limitamos en cierto modo nuestro estudio a buscar los medios para evitar que una prueba se obtenga con violación de derechos fundamentales, es decir, que sea clasificada como prohibida. En este sentido, dejamos en un segundo plano otras posibles vulneraciones, de derechos de menor protección, que llevarían a considerar la prueba como meramente ilícita. Este enfoque se debe, principalmente, a la mayor trascendencia que tiene la prueba prohibida para el proceso penal, nula de pleno derecho, frente a la ilícita y su posible subsanación.

No obstante, la posible vulneración de otros derechos procesales también serán objeto de estudio en este trabajo, generalmente puestos en relación con la falta de uniformidad de las normas procesales entre los diferentes Estados miembros.

Además del análisis que contextualiza las normas de obtención con el concepto de proceso equitativo, este primer paso incluye el examen de otros aspectos comunes en la obtención de prueba como son los sistemas genéricos de cooperación judicial

internacional, o la importancia del papel de las instituciones europeas en la admisibilidad de las pruebas obtenidas.

A continuación se identificarán y analizarán las herramientas de compartición de pruebas que se encuentran vigentes y que componen dicho *Corpus Iuris*. Este análisis tendrá por finalidad pormenorizar los mecanismos que poseen para ser eficaces y las posibles mejoras que les serían de aplicación a cada una de dichas herramientas.

Necesariamente, el estudio de las herramientas vigentes debe partir del conocimiento en profundidad de la realidad de su aplicación, de manera que conduzca a conocer sus fortalezas y debilidades, y a identificar problemas concretos en los casos que cada herramienta plantee.

Por último, el tercer paso consistirá en complementar estas posibles mejoras referentes a cada instrumento concreto de cooperación, con otras comunes que tengan relación directa con el concepto analizado de proceso equitativo, de manera que estas hipotéticas mejoras se plasmen en las propuestas normativas que cumplan con el objetivo del trabajo.

Una vez planteados los dos pasos que marcan la secuencia de la metodología empleada, procederemos a establecer las distintas tareas o actividades que será necesario realizar para avanzar en dicha secuencia, y que conducirán a los objetivos descritos en el punto siguiente.

La primera tarea, como ya se ha tenido la ocasión de comprobar, ha consistido en analizar la evolución que ha tenido lugar en el ámbito de la cooperación judicial penal europea en los últimos años. En primer lugar desde un punto de vista cronológico, a través de los hitos históricos y lo que cada Tratado o Convenio aportó en cada momento. Conocer esta evolución es fundamental para ser consciente de las dificultades que plantean la aprobación de cualquier medida de cooperación y las tendencias por las que ha discurrido la producción normativa en la EU hasta llegar al punto actual.

La segunda actividad que se ha llevado a cabo ha sido conocer los fundamentos y los principios elementales que han sustentado esta cooperación y que tienen una importancia definitiva en la situación actual. De este modo, ha sido posible comprender mejor las dificultades y obstáculos que surgieron en el camino seguido hasta la situación actual para valorar si, actualmente, podrían solventarse o continuarían siendo una traba. También se aclaran algunos conceptos que pueden ser de utilidad para entender el resto del trabajo.

La tercera tarea se ha materializado mediante la observación del modo en que se configura la obtención de los medios de prueba a través de las principales herramientas de cooperación penal existentes. El propósito de esta actividad es valorar la eficacia de cada uno de estos instrumentos en la obtención de medios de prueba y conocer si cada una de estas medidas tiene en cuenta o considera medidas que faciliten la posterior validez de los indicios obtenidos. Sobre cada una de estas medidas, además, se apunta una breve descripción que ayuda a conocer los aspectos generales de las herramientas tratadas. Este análisis se ha llevado a cabo a través de los capítulos III, IV y V, dedicados a la obtención de la prueba transfronteriza a través de los JIT, de la EAW, y de la EIO, respectivamente.

Como última actividad conducente a completar los pasos que describen la metodología, hemos procedido a analizar los aspectos más relevantes en cuanto a la admisibilidad de la prueba transnacional y su relación con las herramientas citadas. Para ello, se utilizará la jurisprudencia relacionada, con especial énfasis en la generada por el ECHR por suponer un órgano de carácter armonizador para los Estados que ratificaron el ECoHR, entre los que se incluyen todos los Estados miembros de la Unión Europea.

Expuestos los pasos que marcan la secuencia lógica de la investigación, y las tareas o actividades que se han llevado a cabo para avanzar en los mismos, se puede constatar la sistemática y coherencia interna del trabajo. Esta metodología responde a

la consecución de los objetivos que nos hemos propuesto alcanzar en este trabajo y que serán expuestos a continuación.

VI. OBJETIVOS

Identificado el problema, establecida la hipótesis de partida y descrita la metodología, corresponde identificar los objetivos que se persiguen con la elaboración de este trabajo. En concreto, se definirá un objetivo principal y otros cuatro sub-objetivos derivados del mismo y que serán analizados en cada uno de los capítulos del trabajo.

El objetivo principal consiste en efectuar propuestas legislativas, o de otra índole, que contribuyan a mejorar la eficacia de los instrumentos de compartición de prueba, así como proponer reformas de la normativa existente que conduzcan al mismo fin. Además, esta hipotética generación normativa se vería beneficiada por la comunitarización de los asuntos de justicia e interior introducida por el ToL que, como se expuso en el apartado segundo de este capítulo, conlleva la aprobación de las normas relacionadas con los asuntos de justicia e interior a través del procedimiento legislativo ordinario, sin que sea necesaria la unanimidad. La consecución del objetivo principal contribuirá a evaluar la hipótesis planteada y a estar en disposición de confirmar su enunciado o descartarlo.

Así, este objetivo principal, será concretado en cuatro sub-objetivos que serán analizados en los siguientes capítulos. En este sentido, dado que perseguimos contribuir a la obtención transfronteriza de una prueba admisible ante la jurisdicción del Estado requirente, nos centraremos en primer lugar en aspectos esenciales para la obtención de una prueba lícita. En concreto, focalizaremos nuestro análisis en aquellas cuestiones referidas a la licitud que se asocia con la prueba obtenida con respeto de los Derechos Fundamentales.

Así pues, no trataremos aquellas materias relativas a la ilicitud de la prueba por incumpliendo de garantías establecidas en normas procesales y nos centraremos en las

posibles vulneraciones de los Derechos Fundamentales. Y ello por dos motivos, el primero porque los aspectos referidos a la prueba ilícita como aquella obtenida con violación de los Derechos Fundamentales (o prueba prohibida) han dado lugar a una profusa jurisprudencia por parte del ECHR que merece ser objeto de estudio. Asimismo, nos centraremos en esta manifestación de la prueba ilícita porque su incumplimiento implica, a priori, la exclusión de esta prueba del proceso seguido ante la jurisdicción del Estado requirente. Por el contrario, la prueba ilícita entendida en su segunda manifestación como aquellas obtenidas con la infracción de una norma procesal será sancionable, pero no por ello tendrá que suponer irremisiblemente su exclusión del proceso, esto es, puede ser absolutamente nula e insubsanable, o estar afectada de nulidad relativa y con ello ser subsanable el defecto mediante otros actos de investigación.

En este sentido, el primero de los cuatro sub-objetivos se abordará en el capítulo segundo, y consiste en exponer las circunstancias comunes que afectan a la admisibilidad de la prueba en los casos transfronterizos en la EU, para estar en condiciones de identificar áreas de mejora y contribuir con reformas transversales que mejoren la eficacia procesal de los elementos probatorios obtenidos. Entre estas circunstancias, destaca el concepto de proceso equitativo reflejado en el artículo 6.1 del ECoHR, en estrecha relación con la protección de los Derechos Fundamentales en el proceso y en cuyo respeto recaen buena parte de las posibilidades de que una prueba sea esencialmente lícita.

Este primer sub-objetivo se complementa con el análisis de otros aspectos comunes, con influencia en la eficacia procesal de la prueba obtenida de modo transfronterizo. Entre ellos se expondrán los sistemas de cooperación penal y su influencia en las actuales y futuras herramientas de compartición. También se analizará el papel que desempeñan las instituciones europeas como facilitadoras de la ejecución de los diferentes instrumentos de cooperación y que, en ocasiones, las convierte en piezas fundamentales de la cooperación. Por último, como aportación adicional a este primer sub-objetivo, aportaremos la visión española de la eficacia procesal de la prueba transfronteriza. La inclusión de este punto de vista nacional,

dentro de los aspectos comunes que afectan a la obtención de la prueba transfronteriza, no es casual dado que podremos comprobar que nuestro país realiza el mismo tratamiento de la prueba obtenida en el extranjero, con independencia de la herramienta que se haya empleado para obtenerla.

Como exponíamos con anterioridad, el objetivo principal se descompone en otros cuatro, de los que ya se ha expuesto el primero. Como continuación, los sub-objetivos segundo, tercero y cuarto, siguen un patrón común que consiste en identificar las principales herramientas de compartición de pruebas transfronterizas, analizar en profundidad y con un enfoque crítico el funcionamiento de cada una de ellas, y concluir los aspectos que podrían mejorar su funcionamiento. Todo ello con el fin de contribuir a mejorar el sistema de obtención de medios de prueba transfronterizo, a través de la formulación de las propuestas normativas que se expondrán en el sexto y último capítulo de este trabajo, con el que se alcanzará el objetivo principal del trabajo. Las herramientas elegidas para su análisis son los JIT, la EAW y la EIO; a las que se dedican los Capítulos III, IV y V, respectivamente.

La elección de estas herramientas, sobre otras existentes en la actualidad, responde a criterios de practicidad dado que se trata de aquellas para las que no se prevé una derogación a medio plazo. Además, se comprobará que son profusamente empleados por todo profesional, del ámbito judicial o policial, que tenga la necesidad de obtener medios de prueba transfronterizos en el discurrir de una operación.

Entre las herramientas de compartición que se analizan en el trabajo, los JIT han supuesto un medio de obtención de indicios con un amplio recorrido y de contrastada utilidad. No obstante, precisamente por su uso común merecen un profundo análisis desde diversos enfoques que nos sitúe en posición de identificar las posibles áreas de mejora que puedan presentar. A este análisis se dedicará el Capítulo III de este trabajo.

El cuarto capítulo afrontará el análisis de la EAW como herramienta de cooperación procesal penal. La inclusión de la EAW en un trabajo de obtención de pruebas precisa una explicación adicional. Como se expondrá en el Capítulo IV, la FDEAW otorga una

posibilidad de obtención de pruebas, materializada en su artículo 29, que suele obviarse y que consideramos, no ha sido objeto de un análisis en profundidad. A través de este análisis trataremos de analizar el funcionamiento de esta faceta concreta de la EAW, para obtener conclusiones que nos ayuden a conocer en profundidad la FDEAW en su vertiente de obtención de pruebas.

El quinto capítulo analiza el tercero de los instrumentos de cooperación escogidos, la EIO. Se trata de un mecanismo relativamente novedoso, que tiene por vocación constituirse en una herramienta versátil y casi única para la obtención de medios de prueba transfronterizos. A pesar de su todavía limitado recorrido, se explorarán los pormenores de su normativa y aplicación práctica para conseguir, en su caso, aportar reformas normativas que mejoren su efectividad.

Por último, el sexto de los capítulos recopilará el conjunto de propuestas normativas que están encaminadas a mejorar la eficacia procesal de la prueba penal obtenida de modo transfronterizo. Entre ellas, muchas son de aplicación concreta a cada uno de los instrumentos analizados, pero también se expondrán todas aquellas aportaciones que tiene un marcado carácter transversal que afectan a todas o a parte de las medidas de obtención de prueba examinadas en los capítulos anteriores. Con este capítulo, se alcanzará el objetivo principal del trabajo que llevará a la evaluación de la hipótesis.

CAPÍTULO II: ASPECTOS COMUNES DE LA ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA OBTENIDA EN EL ÁMBITO DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL EN LA EU

Este Capítulo II se centrará en exponer las circunstancias comunes que afectan a la admisibilidad de la prueba en los casos transfronterizos en la EU, para estar en condiciones de identificar áreas de mejora y contribuir con reformas transversales que mejoren la eficacia procesal de los elementos probatorios obtenidos. Esta finalidad se corresponde con el primero de los sub-objetivos en los que se descompone el objetivo principal de este trabajo. Tanto el objetivo principal, como los sub-objetivos que lo componen, fueron establecidos una vez delimitado el estado de la cuestión, identificado el problema y formulada la hipótesis de partida.

Alcanzar este sub-objetivo nos llevará a estar en disposición de proponer reformas legislativas que tengan un carácter elevado y transversal, y que se expondrán en el sexto capítulo de este trabajo, una vez tratada la totalidad de las herramientas de compartición de pruebas que se examinan en este trabajo. Sólo con el análisis de estos aspectos comunes podremos aportar conclusiones coherentes, no solo a cada instrumento de compartición concreto, sino también a aspectos que afecten a la protección de los Derechos Fundamentales, a los estándares procesales de compartición de prueba y a los agentes que intervienen en la misma.

Para ello, se analizará la interpretación que aplica el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el concepto de proceso equitativo reflejado en el artículo 6.1 de la Carta Europea de Derechos Humanos, por su trascendencia en la licitud de la obtención de cualquier prueba transfronteriza. A continuación se expondrán los sistemas de cooperación judicial, con la influencia que tienen en las actuales y futuras herramientas de cooperación judicial penal, lo que nos ayudará a realizar propuestas normativas coherentes a lo largo del trabajo. En cuarto lugar, nos detendremos en el papel que juegan las agencias europeas en la obtención de pruebas transnacionales, dado que su funcionamiento puede sugerir modificaciones que vayan más allá de las puramente normativas. Por último, y antes de exponer las recapitulaciones, trataremos cómo es considerada en España la prueba transfronteriza, con el fin de obtener un punto de vista adicional que enriquezca el análisis.

I. JUSTIFICACIÓN DEL CAPÍTULO

En el capítulo anterior hemos señalado el objetivo principal del trabajo, consistente en efectuar propuestas legislativas, o de otra índole, que contribuyan a mejorar la eficacia de los instrumentos de compartición de prueba, así como proponer reformas de la normativa existente que conduzcan al mismo fin. Este objetivo principal se concreta en cuatro sub-objetivos u objetivos concretos, cada uno de los cuales se afronta en los sucesivos capítulos de este trabajo.

El objetivo concreto de este Capítulo II es exponer las circunstancias comunes que afectan a la admisibilidad de la prueba en los casos transfronterizos en la EU, para estar en condiciones de identificar áreas de mejora y contribuir con reformas transversales que mejoren la eficacia procesal de los elementos probatorios obtenidos.

La primera de estas circunstancias comunes que se expondrán, consiste en enmarcar las normas que permiten la obtención de la prueba transfronteriza europea, bajo el concepto del proceso equitativo previsto en el art. 6 de la ECoHR y el 47 de la ChFREU. El respeto al concepto de proceso equitativo resulta trascendente para la protección de los Derechos Fundamentales y, por ende, para la obtención esencialmente lícita de la prueba.

En este sentido, conviene concretar que nos centraremos en las posibles vulneraciones de los Derechos Fundamentales, dejando en un segundo plano aquellas materias relativas a la ilicitud de la prueba por incumpliendo de garantías establecidas en normas procesales.

Este enfoque concreto en la protección de los Derechos Fundamentales está motivado por dos razones. La primera se basa en que los aspectos referidos a la prueba ilícita, como aquella obtenida con violación de los Derechos Fundamentales (o prueba prohibida), han dado lugar a una interesante y extensa jurisprudencia por parte del ECHR que, como se recuerda, aporta luz a muchos de los temas tratados en este trabajo.

La segunda de las razones para centrar nuestro estudio en el respeto al proceso equitativo, reside en que su incumplimiento implica, a priori, la exclusión de esta prueba del proceso seguido ante la jurisdicción del Estado requirente, al ser considerada una prueba prohibida. Por el contrario, la prueba ilícita entendida como aquella obtenida con la infracción de una norma procesal no tendrá por qué suponer irremisiblemente su exclusión del proceso, esto es, podrá ser declarada nula, o estar afectada de nulidad relativa y con ello ser subsanable el defecto original mediante otros actos de investigación.

En cualquier caso, el análisis de la jurisprudencia del ECHR sobre el concepto de proceso equitativo, servirá para valorar su aplicación como una hipotética base que sienta unos estándares mínimos de protección de los derechos procesales y que

contribuya a unos niveles aceptables de eficacia, disminuyendo las posibilidades de que una prueba sea declarada ilícita en el sentido amplio. No en vano, a pesar de las diferencias presentes en los criterios de admisibilidad de las pruebas que se dan entre los Estados miembros, en las sentencias del ECHR pueden encontrarse elementos comunes a estas particularidades que presentan los diferentes ordenamientos nacionales.

Este primer sub-objetivo se complementa con el análisis de otros aspectos comunes, que guardan una estrecha relación con la eficacia procesal esencial de la prueba transfronteriza. Entre ellos se expondrán los sistemas de cooperación penal y el modo en que condicionan las actuales y futuras herramientas de compartición. Como se expuso en el primer capítulo, las herramientas de obtención de indicios transnacionales basan su funcionamiento en estos sistemas de cooperación penal, ya sea la MA, el MR o en una en una mezcla de ambos. En consecuencia, resulta de interés analizar las características que confieren ambos sistemas a los mecanismos de cooperación judicial existentes y a los futuros que se desarrollarán, así como sus efectos en la eficacia procesal de la obtención.

En consonancia con ello, en el mismo apartado se examinarán los principios de aplicación del derecho nacional o extranjero, cuando se trata de practicar actos de investigación, es decir, el *forum* o el *locus regit actum*. Ambos principios conviven con los dos sistemas de cooperación antes citados, la MA y el MR. De este modo, una medida de cooperación basada en la MA puede recoger la aplicación del *forum* o del *locus regit actum*, y las mismas circunstancias pueden darse en un instrumento de cooperación basado en el MR.

La aplicación del derecho nacional o extranjero en el momento de ejecutar los actos de investigación, puede repercutir en la posterior eficacia de los elementos probatorios obtenidos. Por esta razón, antes de abordar el resto de capítulos de este trabajo, resulta conveniente analizar esta incidencia en las herramientas de cooperación consideradas.

Dentro de los aspectos comunes con influencia en la eficacia procesal de la prueba transfronteriza, también se analizará el papel que desempeñan las instituciones europeas como parte activa en la ejecución de las diferentes herramientas de cooperación y que, en ocasiones, las convierte en piezas fundamentales de la cooperación. La principal finalidad de este análisis es evaluar la utilidad de las mismas, o su posible implicación en la mejora de la admisibilidad de los indicios obtenidos en territorio europeo y que trasciendan al ámbito de un solo país.

Las instituciones elegidas para su análisis son los Magistrados de Enlace, la Red Judicial Europea (EJN), EUROJUST y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (CJEU). Entre ellas, se realiza un análisis más exhaustivo del CJEU que, por su naturaleza jurisdiccional, tiene un papel protagonista en la materia objeto de este trabajo.

El estudio de la estructura del CJEU y de los cambios competenciales que sufrió a partir del ToL, resulta fundamental para entender el papel que el Alto Tribunal Europeo puede tener en el futuro escenario de compartición de pruebas, así como para aportar reformas que lo mejoren.

Por último, como aportación adicional a este primer sub-objetivo, expondremos el punto de vista español respecto a la eficacia procesal de la prueba transfronteriza. En este sentido, si bien el universo de estudio de este trabajo comprende los aspectos internacionales de la cooperación en materia de prueba, no debe pasarse por alto el tratamiento que reciben en España los indicios obtenidos en base a las herramientas de cooperación procesal.

Teniendo en cuenta que la consideración española de la prueba obtenida en el extranjero se caracteriza por un tratamiento uniforme, adquiere especial importancia la exposición de dicha regulación en este capítulo, dedicado a los aspectos comunes a todos los instrumentos de cooperación.

En efecto, la regulación española respecto a la obtención de elementos de prueba obtenidos en el extranjero, no hace distinción en función del instrumento de

cooperación a través del cual se ha conseguido alcanzar dicha prueba. Es decir, España aplica idéntico tratamiento de la prueba obtenida en el extranjero, con independencia del instrumento de cooperación que se haya empleado para obtenerla.

Por esta razón, el quinto apartado de este capítulo tratará de analizar las particularidades que presenta la obtención de elementos probatorios en nuestro país, cuando proceden de actos de investigación llevados a cabo en otro Estado miembro. Aunque sería muy interesante extender ese análisis al resto de países de la Unión y su amplio abanico de particularidades, los resultados excederían los objetivos y extensión de este trabajo.

Al margen de la descripción de los apartados de este capítulo, mencionados descritos con anterioridad, conviene resaltar que el contenido de este capítulo resulta esencial para la comprensión del resto del trabajo, de ahí su ubicación al inicio del mismo. Los aspectos que en él se tratan, orientan en buena medida los pasos que componen la metodología y que se verán reflejados en los capítulos posteriores. En este sentido, analizar estos aspectos comunes contribuirá a que las propuestas que se formulen con posterioridad tengan el rigor necesario y se ajusten en la mayor medida posible a la realidad de la cooperación procesal penal.

Entre estas propuestas, existirán algunas específicas para cada una de las medidas de investigación reflejadas, pero otras tendrán un importante componente transversal que afectará a la totalidad o que, incluso, no tendrán forma de modificación legislativa sino que tendrán un carácter organizacional. En todas ellas serán de utilidad los aspectos contemplados en este capítulo.

Estas últimas propuestas, las de carácter común y transversal, guardan una relación muy estrecha con lo expuesto en este capítulo, razón por la cual podrían exponerse al final del mismo. No obstante, hemos optado por emplazarlas al Capítulo VI porque consideramos que es en ese punto, tras asimilar la casi totalidad del trabajo, cuando estaremos en disposición de obtenerlas con el mejor criterio posible.

II. EL DERECHO A UN PROCESO PENAL EQUITATIVO Y LA TRANSFERENCIA EFICAZ DE LA PRUEBA EN LA EU

En el Capítulo I se ha plasmado una visión general de los sistemas y principios que configuran los mecanismos para la obtención de fuentes de prueba entre los diferentes Estados miembros de la Unión. Los decididos pasos de la EU en este ámbito permiten ser optimistas en cuanto a una auténtica libre circulación de los resultados de actos de investigación en todo el AFSJ.

No obstante, esta libre circulación carecería de utilidad si el resultado de los actos de investigación no resultasen eficaces como elementos probatorios en los procesos penales que tengan lugar en cada uno de los Estados miembros. Para facilitar su admisibilidad es necesario que existan unas reglas mínimas que, en cierto modo, estandaricen la validez de estos medios de prueba, sin que esto suponga una injerencia desproporcionada en la soberanía nacional de los Estados miembros que les impida contemplar ciertas peculiaridades de sus ordenamientos jurídicos nacionales.

Actualmente, los parámetros que podrían considerarse más cercanos a esos mínimos vienen establecidos por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (ECHR)⁹⁰, de acuerdo con el Convenio Europeo de Derechos Humanos (ECoHR). Aunque sus sentencias carecen de eficacia ejecutiva directa, la autoridad interpretativa de dicho Tribunal es ampliamente aceptada.

En concreto, vamos a exponer la jurisprudencia más relevante conforme a la cual, el ECHR ha ido definiendo una postura común en cuanto a ciertos aspectos relacionados con la licitud de la prueba obtenida en procesos transfronterizos y nacionales. En líneas generales las sentencias dictadas por el ECHR, relacionadas de manera indirecta con la admisibilidad de pruebas, giran en torno a la observancia de los artículos 6 y 8 del

⁹⁰ A modo introductorio, hay que destacar que el ECHR es un órgano ajeno a la EU, nacido en 1959 al amparo del Consejo de Europa. Se ubica en Estrasburgo y tiene como finalidad atender las alegaciones de los diferentes Estados o de personas particulares que estimen que han sido objeto de alguna violación de los derechos civiles y políticos contemplados en el ECoHR.

ECoHR.

Ambos artículos, como se expone a continuación, guardan una estrecha relación con la protección de los Derechos Fundamentales de los encausados. En consecuencia, la jurisprudencia que analizaremos está relacionada con la posible vulneración de estos derechos de especial protección. Por tanto, nuestro análisis está enfocado principalmente a los medios necesarios para evitar que una prueba sea considerada prohibida (vulneradora de Derechos Fundamentales) en el proceso que se siga en el Estado requirente. En definitiva, dejamos en un segundo plano la protección de otros derechos procesales que tienen un nivel inferior de protección. Las principales razones para este enfoque consisten en la mayor trascendencia que tiene la prueba prohibida, generalmente excluida del proceso, así como en la existencia de una extensa jurisprudencia del ECHR en cuanto a protección de Derechos Fundamentales que merecen un detallado análisis.

Una vez establecido el enfoque que guía nuestro estudio, en primer término examinaremos la jurisprudencia del Alto Tribunal en relación con el artículo 6, en el que se definen los rasgos que deben configurar un proceso judicial equitativo⁹¹. En él se basan la mayoría de las sentencias que tienen repercusión en la eficacia de la

⁹¹ Artículo 6 del ECoHR, “Derecho a un proceso equitativo”:

1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.

2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:

a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y de manera detallada, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él;

b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa;

c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si carece de medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia así lo exijan;

d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra;

e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia.

transmisión de pruebas entre los Estados pertenecientes al Consejo de Europa, entre los que se incluyen los Estados miembros de la EU.

A grandes rasgos, el ECHR elude fallar respecto a la validez concreta o no de los elementos de prueba aportados porque deja esta decisión a los órganos judiciales nacionales y a la estructura normativa penal de cada Estado. Por ello, sin entrar a valorar la admisibilidad de los elementos probatorios, el Tribunal de Estrasburgo pone el énfasis en que se observe la existencia de un proceso equitativo, tal y como establece el artículo 6.1 del ECoHR, sin que la apreciación de una prueba ilícita tenga necesariamente que vulnerar esa equidad, incluso si sobre el elemento cuya valoración ha de desecharse, recae buena parte de la carga probatoria.

En este sentido, el ámbito objetivo del ECHR no afronta la incorrecta admisión de pruebas en el proceso, cuestión que deja a criterio de los ordenamientos nacionales, sino que se limita a revisar si éste en su conjunto (incluyendo la forma de incorporación de medios de prueba) reviste un carácter equitativo o no.

En segundo término, en cuanto a la jurisprudencia relacionadas con la licitud de las pruebas, el ECHR basa sus sentencias en el artículo 8⁹² del ECoHR, consagrado al respeto a la vida privada y familiar. En el elenco de derechos protegidos y en cuanto a su relación con la admisibilidad se refiere, el ECHR distingue dos grupos a los que da un tratamiento diferenciado.

Por un lado estaría el grupo de aquellos derechos cuya vulneración supondría la no validez inmediata de la prueba y que automáticamente, además, suponen una quiebra del principio del proceso equitativo sin que sean necesarias interpretaciones ulteriores. Este primer grupo lo compondrían el derecho a no auto-incriminarse y a la

⁹² Artículo 8 del ECoHR. Derecho al respeto a la vida privada y familiar

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

prohibición de la tortura. La apreciación de un determinado elemento probatorio que ha sido obtenido incurriendo en la violación de uno de estos derechos supone, para el ECHR, que la prueba debe ser excluida del proceso de manera inmediata. Además, y más allá de la exclusión de la prueba ilícita, la vulneración de alguno de estos derechos supondría, para el Alto Tribunal Europeo, una violación del derecho a un proceso equitativo consagrado en el artículo 6 del ECoHR.

La segunda categoría la compone el resto de derechos cuya vulneración no supone la inadmisibilidad *per se* del medio de prueba sino que, atendiendo a la jurisprudencia del Tribunal, la vulneración que se haya producido en la obtención ha de entrar en confrontación con otros aspectos que pongan de manifiesto si dicha violación ha quebrantado o no el derecho a un proceso equitativo. En cualquier caso, como regla general, el Tribunal deja a los ordenamientos nacionales la potestad de la apreciación final de la prueba obtenida ilícitamente. En los casos en los que entra a valorar el procedimiento seguido en los actos de investigación, el ECHR aprecia el equilibrio de conjunto en todo el proceso, para determinar si se ha llevado a cabo de manera equitativa o no.

Como ejemplo de este margen de valoración del equilibrio entre la prueba obtenida con vulneración de alguno de los derechos del encausado y la posible quiebra del concepto de proceso equitativo, valga un somero análisis de dos sentencias del ECHR.

La primera de ellas es el caso *Rowe y Davis contra el Reino Unido*⁹³, en el que el ECHR determina que la ocultación de las pruebas a la defensa durante la instrucción del proceso, por parte de la acusación, vulnera la existencia de un proceso equitativo, sin entrar en lo dispuesto por el ordenamiento interno del Reino Unido. Es decir, sin que se constatare la existencia de torturas ni el quebrantamiento del derecho a no auto-incriminarse, el ECHR da por vulnerado el derecho a un proceso equitativo.

Sin embargo, en la segunda de las sentencias relacionadas, el caso *Rastoder* contra

⁹³ Sentencia del ECHR, del 16 de febrero de 2000, nº28901/95, caso *Rowe y Davis*.

Eslovenia⁹⁴, el ECHR determina que la no declaración de los testigos principales en la fase del juicio oral no impide la existencia de un proceso equitativo, aunque sobre dicha declaración recayese buena parte del peso de las razones para desvirtuar la presunción de inocencia de los acusados.

Además de las sentencias referenciadas en los párrafos anteriores, cabe destacar el caso *Schenk*⁹⁵, dado que resulta muy ilustrativo el modo de proceder del ECHR en cuanto a valoración de la licitud de la prueba y a la consideración del proceso equitativo, a la que dedicaremos una específica y detallada explicación.

En el caso *Schenk*, el Tribunal Federal Suizo condenó al encausado por un delito de asesinato en grado de tentativa, aun reconociendo que se podría haber producido una posible violación del secreto de las comunicaciones. En concreto, una vez iniciada la investigación, un sicario (Sr. *Pauty*) contratado por el señor *Schenk* y principal testigo de la acusación, grabó una conversación telefónica con el investigado en la que reconocía buena parte de los hechos por los que se le había encausado.

La sentencia al respecto del ECHR deja claro que no corresponde al Alto Tribunal determinar la admisibilidad de la grabación obtenida, sino que el conjunto del proceso llevado a cabo contra el señor *Schenk* fuera, o no, equitativo. Es decir, al ECHR le corresponde examinar el conjunto del proceso, no la admisibilidad concreta de una prueba.

En la evaluación de este equilibrio, el ECHR determinó que no se había vulnerado el derecho a la defensa dado que el señor *Pauty* desconocía que la grabación era ilegal, el señor *Schenk* tuvo oportunidad de impugnar el uso de la grabación y la defensa pudo interrogar al mencionado sicario durante la fase del juicio oral. Concluía, por tanto, que no se había producido un quebrantamiento del derecho a un proceso equitativo. Por tanto, para el ECHR, aun cuando existía una prueba ilícita por la violación del derecho al secreto de las comunicaciones, no se había vulnerado el concepto de

⁹⁴ Sentencia del ECHR, del 28 de noviembre de 2017, nº 50142/13, caso *Rastoder*.

⁹⁵ Sentencia del ECHR, del 12 de julio de 1988, nº 10862/84, caso *Schenk*.

procesos equitativo.

Expuesto el caso *Schenk*, cabe poner de relieve que resulta igualmente interesante atender al análisis que hace el ECHR sobre la validez o no de las pruebas derivadas de otra originaria, obtenida de manera irregular. En relación con las pruebas ilícitas, el Alto Tribunal Europeo establece que si el derecho interno ha dado posibilidad al acusado de manifestar la existencia de vicios de una forma real y garantista y el sistema los ha corregido de modo que el resultado es compatible con la realización de un juicio de ponderación en torno a la licitud de las pruebas derivadas, se puede proceder a romper la “causalidad” entre la prueba originariamente ilícita y las obtenidas en base a ésta⁹⁶.

En concreto, en análisis previos llevados a cabo sobre la jurisprudencia del ECHR al respecto, el Alto Tribunal europeo ha establecido que estos son los parámetros de desconexión entre los actos de investigación viciados en virtud de los cuales se han obtenido fuentes de pruebas originarias ilícitas y las fuentes de prueba derivadas, en abstracto consideradas lícitas:

1. El grado de trasgresión de la legalidad del derecho fundamental violentado,
2. El grado de respeto que se haya dado al derecho de defensa,
3. La calidad de la prueba obtenida (fiabilidad en su obtención),
4. La existencia de otras pruebas de apoyo o que corroboren los hechos a demostrar.

De todo lo anterior expuesto y como conclusión del análisis de la jurisprudencia del ECHR dictada sobre el tema objeto de estudio, puede deducirse que existe cierta ambigüedad en cuanto a lo que puede considerarse como un proceso equitativo. Y ello porque se trata de una cuestión que acaba siendo determinada por un juego de equilibrios entre Derechos Fundamentales, sin que exista concreción a nivel supranacional, y los estándares en los que ha de basarse la admisibilidad de las

⁹⁶ Martínez García, E., *La Orden Europea de Investigación. Actos de Investigación, Ilícitud de la Prueba y Cooperación judicial transfronteriza*, ed. Tirant, 2016, p. 35.

pruebas. Y además cabe incidir en el hecho de que, más allá de la jurisprudencia del ECHR y sus limitaciones en cuanto a contenido y aplicación, no existe ninguna otra herramienta de armonización de criterios en cuanto a la licitud de las pruebas transfronterizas.

No obstante lo anterior, las líneas generales obtenidas de las sentencias del ECHR dejan, a nuestro juicio, tres ideas básicas. La primera y más importante es que existe cierta indefinición en cuanto a lo que supone un proceso equitativo. A pesar de que los artículos 6 y 8 del ECoHR enumeran una serie de derechos fundamentales, la descripción es muy generalista, como corresponde a un texto de esta naturaleza. En ese sentido, queda patente que aunque el enunciado de los derechos fundamentales sea común al relatado en el ECoHR, la manera de protegerlos y la manera en la que pueden entenderse vulnerados no disfruta de homogeneidad entre los diferentes Estados. Podemos, en definitiva, afirmar que no existen unos parámetros procesales comunes a nivel de la EU que protejan estos derechos fundamentales de un modo homogéneo.

En segundo lugar, a tenor de lo expuesto, queda claro que la jurisprudencia del ECHR es tajante cuando afirma que el derecho a un proceso equitativo se vulnera, en todo caso, cuando durante la investigación se ejerce la tortura o se vulnera el derecho a no auto-incriminarse.

La tercera y última idea consiste en que, fruto de esa indefinición, se comprueba que la vulneración de algunos derechos procesales no tiene, necesariamente, que desvirtuar la existencia de un proceso equitativo, cuando se pone en perspectiva con la totalidad del proceso. En cierto modo, esto contribuye a la heterogeneidad de la apreciación del modo en cómo se protegen los derechos, fundamentales o no, durante el proceso penal. Estas divergencias afectan a los Estados miembros del Consejo de Europa firmantes del ECoHR, entre ellos la totalidad de los miembros de la EU.

Así pues, puede concluirse que una mayor concreción del abstracto concepto de proceso equitativo ayudaría a que estos derechos procesales se protegiesen de un

modo más uniforme en los distintos países de la Unión. En otros términos, una definición más exacta del proceso equitativo podría sentar los cimientos de los estándares de protección de los derechos de los implicados en el proceso penal europeo, con el establecimiento de unos parámetros procesales comunes que facilitasen la posterior admisibilidad de los medios de prueba.

III. SISTEMAS DE COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL

Una vez expuestos los pormenores de la apreciación del proceso equitativo por parte del ECHR, a continuación se expondrán los dos sistemas de cooperación judicial que han marcado el itinerario de la evaluación de la cooperación penal en la EU.

Estos sistemas están en el origen de cualquier instrumento de cooperación penal, y conocerlos contribuirá a detectar los problemas existentes en la obtención eficaz de la prueba transfronteriza, y a alcanzar los objetivos de este trabajo de manera razonada y estructurada.

En este análisis de los sistemas de cooperación, partiremos del punto de inicio que constituye la MA en la que se basaban los primeros convenios descritos en el primer Capítulo de este trabajo. Seguidamente se revisarán las líneas generales que definen el sistema de MR, base fundamental de las últimas Directivas y Decisiones Marco relacionadas con la obtención eficaz de pruebas. En tercer lugar, por su incidencia en la posterior eficacia de las pruebas obtenidas, se considera oportuno repasar las implicaciones que tiene el hecho de que un sistema de cooperación contemple el *forum o locus regit actum*, en cuanto la aplicación del derecho nacional o foráneo cuando se lleve a cabo una medida de investigación en el ámbito de la cooperación procesal penal.

1. La asistencia judicial mutua (MA)

La MA ha constituido la vía que tradicionalmente ha guiado la cooperación judicial penal. En el plano de la obtención de medios de prueba, ha sustentado su

funcionamiento en la emisión de las tradicionales comisiones rogatorias. En líneas generales, se trata de una cooperación basada en la voluntad de los participantes, en la que un Estado “solicita” un auxilio a otro que accede o no a la petición, ya fuese en virtud de acuerdos bilaterales o de convenios internacionales.

En el sistema de MA prima el acuerdo entre los Estados participantes y los países cuentan con amplios márgenes de discrecionalidad en su actuación que, en ocasiones, dan pie a que se tomen decisiones basadas en criterios de oportunidad política.

Es importante señalar que uno de los principales rasgos que definen la MA es la existencia de un paso intermedio entre la solicitud de cooperación que emite un Estado y la decisión final, por parte del país receptor, de prestar o no dicha asistencia. Este paso intermedio está sujeto a ciertos requisitos, en función de la medida de la que se trate y de la existencia de ciertos obstáculos. Todo ello confiere a los instrumentos basados en la MA cierto grado de incertidumbre, así como falta de automatismo y agilidad⁹⁷.

Este filtro intermedio implica la intervención de las denominadas “autoridades centrales”, de carácter administrativo, cuyo trámite contribuye a incrementar el coste, en tiempo y recursos, que consume la consecución del auxilio solicitado.

En este sentido, las medidas de cooperación basadas en la MA contemplan un amplio espectro de motivos de denegación⁹⁸ del auxilio. Esto es, razones por las que el Estado requerido puede negarse a cumplir con la petición de asistencia efectuada por el país requirente. Aunque con el paso del tiempo, en las sucesivas herramientas de cooperación que se han desarrollado, estas causas de denegación se han ido

⁹⁷ Gascón Inchausti, F. “Mutuo reconocimiento de resoluciones judiciales en la EU y decomiso de bienes”, *Cuadernos Digitales de Formación*, nº 6, 2010.

⁹⁸ En el apartado 2.b del Convenio de Asistencia Judicial de 1959 se contemplaba como motivo de denegación la posibilidad de que la “solicitud recibida pudiese poner en peligro la soberanía, seguridad, orden público u otros intereses fundamentales de la nación”. Sirva como ejemplo de motivo de denegación ambiguo y manipulable.

reduciendo⁹⁹, siguen siendo obstáculo para que exista una cooperación ágil, rápida y eficaz.

Otro de los aspectos que aparece con frecuencia en las medidas de cooperación basadas en la MA es la necesidad de la doble incriminación. Este concepto hace referencia a la obligación de que una determinada conducta esté penalmente tipificada en ambos países cuando se solicita la asistencia judicial de otro Estado. Normalmente en las herramientas basadas en la MA, si el Estado requerido alega que la acción que motiva la solicitud de cooperación no es delito dentro de sus fronteras, podrá denegar el auxilio.

En líneas generales, este concepto no resulta un problema de peso en el caso de las medidas que se aplican en el seno de la EU ya que, aunque no existe una uniformidad idónea del derecho penal sustantivo, tampoco es frecuente que un delito común sea castigado en un Estado miembro y no en otro. No obstante, sí pueden aparecer disfunciones en tipos penales sobre los que, en los diferentes países, exista menos uniformidad en la definición de la conducta que sea constitutiva de delito¹⁰⁰.

Tradicionalmente, la MA ha pecado de lentitud y de excesiva burocratización. La necesidad, en ocasiones, de seguir trámites administrativos excesivamente lentos como la comprobación reiterada de los motivos y circunstancias que rodean a las peticiones de auxilio, ha provocado que no resulte sencillo recabar la asistencia de otro país. Estos inconvenientes han sido minimizados por alguno de los últimos instrumentos aprobados como la constitución de los JIT o autorizando, en otras medidas, el contacto directo entre autoridades judiciales¹⁰¹.

⁹⁹ En el Acuerdo Schengen, basado en la asistencia legal mutua, ya se redujeron. Muestra de ello son diversas disposiciones que pueden encontrarse en el artículo 50 y siguientes del articulado del Acuerdo de Schengen.

¹⁰⁰ Aunque en este caso se trate de una medida de cooperación basada en el MR, conste como ejemplo de las diferencias en la definición de ciertos tipos penales, las dificultades en cuanto a la ejecución en Bélgica de la EAW sobre el ex-presidente de la Generalidad de Cataluña, Carles Puigdemont, al no estar tipificado en dicho país el delito de rebelión en términos similares a los del ordenamiento español.

¹⁰¹ Artículo 53 de Acuerdo de Schengen.

En este hilo de optimización de las herramientas basadas en la MA, también puede incluirse la aplicación, aunque limitada, del principio de *forum regit actum* sobre el que se volverá más adelante, y que facilita en buena medida la posterior admisibilidad de las fuentes de prueba obtenidas.

Otro de los inconvenientes que se atribuye a la cooperación basada en la MA, es que se sustenta en un régimen normativo aplicable que no es siempre homogéneo y que, con frecuencia, tampoco resulta fácilmente determinable. Es decir, no existe una única herramienta normativa polivalente, sino que existen diferencias sustanciales entre la normativa aplicable en función del acto de investigación del que se trate, o de los Estados que estén implicados en la cooperación.

En este sentido, debe contarse con el solapamiento real de los diferentes textos legales y con las constantes remisiones entre convenios con distinto ámbito de aplicación¹⁰². Sin duda uno de los principales motivos de esta fragmentación se encuentra en los diferentes órganos legislativos de los que han ido emanando los diferentes instrumentos.

Sin embargo y a pesar de que en los últimos tiempos ha sido la EU la que ha tomado la voz cantante en la generación normativa, no puede afirmarse que esta fragmentación sea defecto exclusivo de los instrumentos basados en la MA, al menos hasta ahora.

A este entramado de normas hay que sumar la posibilidad de que alguno de los Estados implicados no haya ratificado, total o parcialmente, alguno de los acuerdos que constituyen la base de las herramientas de cooperación. Algo que, sin duda, perjudica la prestación del auxilio y que pone de manifiesto otro de los rasgos característicos de la MA, como es el escrupuloso respeto de la soberanía nacional¹⁰³.

¹⁰² Gascón Inchausti, F. “Mutuo reconocimiento de...”, *op. cit.*, pp. 7-8.

¹⁰³ Aguilera Morales, M. “El exhorto europeo de investigación: a la búsqueda de la eficacia y la protección de los derechos fundamentales en las investigaciones penales transfronterizas”, *Boletín del ministerio de justicia estudio doctrinal*, nº 2145, 2012.

Este sometimiento a los ordenamientos jurídicos nacionales se traduce, paradójicamente, en una gran independencia entre las medidas de cooperación y los pormenores del sistema procesal de cada Estado. Esta independencia o flexibilidad reside en que, una vez que un Estado accede a la prestación del auxilio requerido, da por buenas las actuaciones llevadas a cabo en el extranjero. Es decir, precisamente por ese respeto a la soberanía del otro país, el Estado requirente muestra una flexibilidad absoluta con las normas procesales aplicadas en el Estado requerido, a las que adjudica plena validez. En los instrumentos basados en la MA se importan, o exportan, productos acabados y validados, no piezas que hayan de engranar en una maquinaria ajena.

Siguiendo con el símil, obtener y dar por bueno el resultado final y no únicamente parte del proceso, confiere a las herramientas basadas en MA un aceptable grado de flexibilidad¹⁰⁴ en sus posibilidades en cuanto al resultado final, no así en cuanto al proceso que lleva a que la obtención pueda llevarse a cabo, como se apuntaba anteriormente. Dicho de otro modo, los instrumentos basados en la MA pueden presentar ciertos problemas para que el país que ha de ejecutar el acto de investigación acceda a llevarlo a cabo, pero una vez superada esta barrera, presentan una mayor flexibilidad en el modo en que se éste se materializa.

2. El reconocimiento mutuo (MR)

Este principio, ya mencionado en este trabajo, establece que las decisiones judiciales, ya sean sentencias o de carácter presentencial, emitidas en un país gozan de efecto directo en el resto de ordenamientos, es decir, se consideran equivalentes a las resoluciones judiciales nacionales del resto de países a todos los efectos.

Resulta obvio que su aplicación se fundamenta, a su vez, en la noción de confianza mutua, según la cual entre los Estados miembros existe un estándar homogéneo de

¹⁰⁴ Esta era la opinión mayoritaria de los expertos nacionales que plasmaron sus opiniones en Gisèle Vernimmen-Van Tiggelen, G.; Surano, L., "Analysis of the future of mutual recognition in criminal matters in de EU". Comisión Europea. Puede consultarse en: https://www.advokatsamfundet.se/globalassets/advokatsamfundet_sv/nyheter/slutrapport_mutual_recognition_eng.pdf

protección de derechos fundamentales que debe minimizar cualquier problema en la aceptación de decisiones adoptadas por autoridades del resto de países de la Unión.

El MR supone el máximo grado de integración dado que, en la práctica, supone aceptar decisiones judiciales de otro país como si fueran propias. En este sentido son comunes los contactos directos entre autoridades judiciales y las comprobaciones de las motivaciones que sustentan la solicitud de auxilio no sólo se reducen al mínimo, sino que normalmente las lleva a cabo con carácter previo el Estado emisor, no el requerido. Este contacto directo conlleva además una mayor velocidad en el reconocimiento y ejecución de la cooperación, al eliminar esas decisiones intermedias de carácter administrativo a las que se aludía en el apartado dedicado a la MA.

Mientras la MA se fundamentaba en la independencia de los sistemas penales de cada Estado soberano, el MR va más allá pues los diferentes ordenamientos aspiran a funcionar con un alto grado de integración y también con un alto grado de permeabilidad entre los sistemas de los Estados llamados a cooperar¹⁰⁵. Precisamente esta permeabilidad es vista con recelo por ciertas corrientes doctrinales, en cuanto a la injerencia del ordenamiento jurídico del Estado requirente en la naturaleza del sistema procesal del país requerido. Para referirse al MR, algunos autores utilizan el término “caballo de Troya”, en lo que denominan como una posible intromisión del derecho penal de un país a otro. Intromisión en la que, según afirman, no se garantiza que prevalezca el sistema más garantista en cuanto a los derechos de los encausados¹⁰⁶. Consideran, de este modo, que el MR supone una invasión por parte de un ordenamiento jurídico extranjero, o una sustitución del nacional.

No obstante, entre las ventajas del MR, destaca la consecución de un gran automatismo del proceso en el que se reducen y se tasan lo más exhaustivamente posible los motivos de denegación, con el fin de dotar a la medida de unos niveles

¹⁰⁵ Pérez Gil, J., “El Convenio de asistencia judicial en materia penal entre Estados miembros de la Unión Europea: ¿un instrumento anclado en coordenadas superadas?”, *Diario La Ley*, nº 6208, 2005.

¹⁰⁶ Schünemann, B., “¿Peligros para el estado de derecho a través de la europeización de la administración de justicia penal?”, en Armenta Deu, T. (Coord.), *El derecho procesal penal en la Unión Europea. Tendencias actuales y perspectivas de futuro*, ed. Cóllex, 2006, p.25.

adecuados de fiabilidad en su aceptación. Además, priman los contactos directos entre las autoridades intervinientes y los procedimientos de solicitud se simplifican todo lo posible a través, normalmente, de formularios con un formato preestablecido y de sencilla cumplimentación.

Como se citaba en el Capítulo anterior, a partir del Programa de Tampere la EU ha apostado de modo decidido por la cooperación judicial penal basada en el MR. Muestra de ello son la EAW, así como la EIO, a las que se dedican los Capítulos IV y V de este trabajo, respectivamente. En ambas, y muchas otras relacionadas con otros aspectos del proceso penal, podrán apreciarse los rasgos que se han descrito y que definen la cooperación basada en el MR.

No obstante, la definición del MR desde el punto de vista teórico que sucintamente se ha expuesto, no se corresponde con el estado natural en que este principio se encuentra en las herramientas de cooperación procesal penal. Por el contrario, frecuentemente se presenta como el principio dominante, pero hibridado o matizado con limitaciones o ajenas al propio principio¹⁰⁷. Será en este estado de hibridación como lo encontraremos en los instrumentos analizados en este trabajo.

Además de los avances antes citados, consistentes en la agilidad y el automatismo, legislar con apoyo en el MR ofrece unas simplificaciones muy claras, cuando se trata de operar con legislaciones y sistemas internos muy diversos, como es el caso de los Estados de la EU. En este sentido, dar por buena una resolución judicial extranjera, sin entrar en los pormenores de su ejecución, hace que se soslaye toda necesidad de una armonización de los procesos penales que elimine ciertas diferencias entre los Estados miembros. Lo que interesa es la resolución, no cómo se ha llegado a ella. Está vedado al Estado requerido cualquier control de fondo de la resolución dictada¹⁰⁸.

¹⁰⁷ De Jorge Mesas, L.F., *Las claves del sistema de reconocimiento mutuo. Soberanía compartida, interoperabilidad de los sistemas jurídicos y garantía procesal del reconocimiento*, ed. Servicio de Publicaciones y Divulgación Científica de la UMA, 2009, p.69.

¹⁰⁸ Gascón Inchausti, F. “Mutuo reconocimiento de...”, *op. cit.*, pp. 9-10.

Esta aceptación de la resolución extranjera se lleva a cabo, a diferencia del MA, de manera automática sin que medie la interpretación o la voluntad del ámbito administrativo del Estado requerido.

A esta simplificación aluden algunos autores cuando califican al MR como una técnica legislativa de coste muy reducido, en la que basta con diseñar el instrumento normativo que consagre la forma de proceder al MR de resoluciones, sin tener que incidir en los ordenamientos internos¹⁰⁹.

Por esta razón, el MR es visto por ciertas corrientes doctrinales como un modo de soslayar cualquier tipo de armonización, es decir, un atajo que evita la necesidad de cualquier tipo de armonización, al dar validez a la resolución emitida por otro Estado, sin análisis posteriores. En este sentido, si se aplicase un MR estricto, sería innecesaria cualquier armonización puesto que los Estados requeridos y los requirentes deberían aceptar las resoluciones judiciales de la otra parte, sin entrar en las posibles y probables diferencias de ordenamiento.

Como crítica a esta circunstancia, consideran que el MR no puede considerarse como un “turbo principio” que consiga una armonización por la vía de los hechos o una “armonización por la puertas de atrás” que obvie las peculiaridades nacionales en cuanto a protección de derechos fundamentales¹¹⁰.

Para entender ésta y otras complicaciones de la aplicación del MR al derecho penal, conviene remontarse a los orígenes de dicho principio. Curiosamente, una vez más y como el propio nacimiento de la cooperación judicial en la EU, el MR nace del ámbito comercial. En concreto en el conocido caso del *Cassis de Dijon*¹¹¹ en el que, a raíz de la exportación de dicha bebida francesa y de su consideración como licor, se sentaron las bases para que en aquellos sectores en los que no existiera una mínima armonización

¹⁰⁹ Gascón Inchausti, F., “En torno a la creación de un derecho procesal penal europeo”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 23, 2007.

¹¹⁰ Ormazábal Sánchez, G., “La formación del espacio judicial europeo en materia penal”, en Armenta Deu, T. (Coord.), *El derecho procesal penal en la Unión Europea. Tendencias actuales y perspectivas de futuro*, ed. Cóllex, 2006, p. 51.

¹¹¹ Sentencia del CJEU, de 20 de febrero, nº C/1979/42, caso del *Cassis de Dijon*.

comunitaria, cualquier Estado miembro debiera aceptar como válido un producto comercializado en otro país perteneciente a la entonces Comunidad Económica Europea.

Sin embargo, fuera del ámbito comercial y especialmente en el caso del derecho penal, la aplicación del MR no está exenta de dificultades. No en vano, en el MR de resoluciones penales, las consecuencias suelen ser generalmente la extensión de medidas restrictivas de la libertad. Es decir, una cosa es que la aplicación del MR en el ámbito comercial liberalice el mercado, y otra cuestión muy diferente cuando de esta aplicación deviene el ejercicio de la acción penal. Sin negar las indudables ventajas que suponen la instauración del MR, su asentamiento como piedra angular de la cooperación judicial en el seno de la Unión no carece de críticas y recelos.

Una de ellas, en relación con el derecho penal sustantivo, está focalizada en el requisito tradicional en la MA de la doble incriminación, citado en el apartado anterior. En las herramientas basadas en el MR, esta exigencia se elimina casi en su totalidad, no siendo posible denegar un auxilio porque dicha conducta no constituya delito en el país requerido. Esta atenuación, normalmente, se manifiesta con la abolición del requisito de doble criminalidad para una lista consensuada de 32 delitos¹¹², también denominados "eurodelitos", sobre los que se volverá más adelante.

La abolición del requisito de la doble incriminación y su compatibilidad con las Constituciones de los diferentes Estados miembros ha sido objeto de intensos debates. Estos conflictos surgen del contenido de alguno de los textos constitucionales de

¹¹² Los "eurodelitos" son: pertenencia a organización delictiva; terrorismo; trata de seres humanos; explotación sexual de menores y pornografía infantil; tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos; corrupción; fraude incluido el que afecte a los intereses financieros de Unión Europea; blanqueo del producto del delito; falsificación de moneda, incluida la falsificación del euro; delitos informáticos; delitos contra el medio ambiente; ayuda a la entrada y a la residencia en situación ilegal; homicidio; lesiones graves; tráfico ilícito de órganos y tejidos humanos; secuestro, detención ilegal y toma de rehenes; racismo y xenofobia, atraco organizado o a mano armada, tráfico ilícito de bienes culturales, incluidas las antigüedades y las obras de arte; estafa; chantaje y extorsión; falsificación y piratería de productos; falsificación de documentos administrativos y tráfico de documentos administrativos falsos; falsificación de medios del pago; tráfico ilícito de sustancias hormonales; tráfico ilícito de materiales radiactivos o sustancias nucleares; tráfico de vehículos robados; violación; incendio provocado; delitos incluidos en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional; secuestro de aeronaves y buques; y sabotaje.

determinados Estados, que impiden el ejercicio de la acción penal por alguna acción que no esté tipificada como delito en su legislación nacional. En cualquier caso, estas supuestas vulneraciones se quedan, normalmente en el plano teórico, dado que resulta improbable que cualquiera de los “eurodelitos” no esté tipificado en alguno de los países miembros.

En este sentido y si se toma como referencia la herramienta de MR que lleva más tiempo siendo ampliamente utilizada, la EAW, la abolición de la doble incriminación para los "eurodelitos" sólo ha ocasionado disfunciones en delitos menores¹¹³.

Si en el ámbito del derecho penal sustantivo se dan algunas divergencias entre los ordenamientos de los Estados miembros, estas diferencias se acentúan en el caso de la aplicación del MR al derecho procesal¹¹⁴. Resulta interesante, al hilo de lo expuesto, señalar las diferencias entre la aplicación del MR a las sentencias judiciales, y su utilización en resoluciones tomadas en el ámbito de una investigación. Así, cuando un Estado miembro acepta una sentencia judicial, está dando por válido un proceso terminado, en su totalidad, con las consecuencias finales del procedimiento. Sin embargo, el reconocimiento de una resolución presentencial supone dar por bueno una parte de un proceso todavía inconcluso. Esta “pieza” de procedencia extranjera ha de insertarse en un proceso nacional que debe llegar a buen término.

Esta circunstancia, puede constituir un problema cuando se trata de Estados en los que el proceso penal compensa ciertos aspectos, ya sea en la fase de instrucción o en la del juicio oral¹¹⁵. Es decir, a modo de ejemplo, existen países que desplazan el peso del ejercicio del derecho a una defensa efectiva a la fase del proceso de instrucción, mientras que durante la fase del enjuiciamiento ese derecho se entiende como

¹¹³ Vernimmen-Van Tiggelen, G.; Surano, L., *Analysis of the...*, *op. cit.*, p.9.

¹¹⁴ Aunque un estudio de derecho comparado entre los códigos procesales de los Estados miembros excedería la extensión de este trabajo, conste como ejemplo la particularidad del texto alemán que asocia unívocamente una serie de actos de investigación a una tipología delictiva concreta.

¹¹⁵ La mayoría de los expertos de los Estados miembros consultados en el informe *Analysis of the future of mutual recognition in criminal matters in de EU*, mencionado con anterioridad, veían considerablemente más complejo aplicar el MR al proceso penal que al derecho sustantivo. En él, se destaca que la mayoría encontraba más facilidad en la aplicación del MR a las resoluciones finales, principalmente porque van rodeadas de mayores garantías.

parcialmente ejercido.

Como antítesis, en otros Estados, la protección de los derechos del encausado encuentra mayores garantías en la fase oral, en detrimento de la fase de instrucción. En este sentido, cabe preguntarse qué ocurriría si uno de los países perteneciente al segundo grupo “exporta” un medio de prueba a otro de aquellos Estados en los que el ejercicio del derecho de defensa es ejercido inminentemente en la fase de instrucción.

En este caso se daría lo que varios autores conocen como la hibridación del proceso¹¹⁶. En esta hibridación, resulta imprevisible si el resultado de la mezcla de dos procesos iniciados y finalizados en Estados diferentes devendrá en un conjunto compensado o no, ya sea por ser excesivamente garantista con ciertos derechos o por no garantizar su protección.

Resulta obvio que cuanto más amplios sean los estándares europeos procesales que en el modo de proteger los derechos durante el proceso, menores serán las posibilidades de que tenga lugar esta disfunción. Motivo por el que compartimos la opinión de numerosos autores, que consideran que el MR en ningún caso debe suplantar la necesidad de un nivel mínimo de armonización, sino que esta homogeneización debe ser un paso previo a la aplicación del mencionado principio.

Al hilo de esa necesaria base homogénea, en cualquier caso, la confianza mutua en la que ha de sustentarse el MR es fruto de la existencia de una comunidad jurídica esencial¹¹⁷, sin negar las múltiples diferencias existentes en las particularidades que presentan los procesos penales en los diferentes Estados de la EU.

Así, además del cada vez más sólido *Corpus Iuris* que teje la cooperación judicial en la Unión, en el plano de la protección de los derechos fundamentales se encuentra el sustrato común que constituye el hecho de que todos los Estados miembros hayan suscrito el ECoHR. Es decir, que comparten una misma concepción de lo que es un

¹¹⁶ Arroyo Zapatero, L.; Nieto Martín, A., *El Derecho Penal de la EU: situación actual y perspectivas de futuro*, ed. Universidad de Castilla-La Mancha, 2007, p.146.

¹¹⁷ De Jorge Mesas, L. *La cooperación judicial...*, *op. cit.*, p. 70.

Estado de Derecho, lo que contribuye a crear el clima de confianza entre sí y, en particular, a respetar las decisiones judiciales pronunciadas en el seno de otros Estados miembros¹¹⁸.

El respeto a los derechos contemplados en el ECoHR debería constituir una sólida base para la aplicación del MR y especialmente para facilitar la futura eficacia de los medios de prueba obtenidos. No obstante, no puede inferirse que dicho respeto se aplique en el mismo grado o de la misma forma en los diferentes países. En este sentido el MR será aceptado con menos recelos si, entre todos los Estados, existe un grado de garantías similar para los derechos y garantías en el proceso penal¹¹⁹.

3. *Forum y locus regit actum*

Al margen de las particularidades de los principios de MA o de MR ya descritas, para predecir las posibilidades de éxito en la obtención eficaz de los medios de prueba resulta interesante valorar la aplicación predominante del *forum* o del *locus regit actum*, cuando se llevan a cabo los actos de investigación en los que se materializa la cooperación. La preponderancia de la aplicación del derecho del Estado emisor, o del país requirente, es identificable en las herramientas de cooperación que se analizan en los Capítulos siguientes de este trabajo.

La aplicación del *forum regit actum* puede resumirse, en el caso que nos ocupa, en practicar actos de investigación en un país aplicando la legislación del Estado requirente, y no la que correspondería al territorio en que se llevan a cabo dichos actos. De este modo la utilización de los medios de prueba obtenidos en el extranjero reduce de manera considerable los problemas de homologación cuando son usados en el país propio, ya que se habrían respetado las garantías procesales del país en el que va a ser enjuiciado el delito objeto de la investigación.

¹¹⁸ Del Pozo Pérez, M., “La Orden Europea de Detención y Entrega: un avance en el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales entre los Estados de la Unión Europea”, *Diario La Ley*, nº 6164, 2005.

¹¹⁹ Bachmaier Winter, L., “El exhorto europeo de obtención de pruebas en el proceso penal. Estudio y perspectivas de la propuesta de Decisión Marco”, en Armenta Deu, T. (Coord.), *El derecho procesal penal en la Unión Europea. Tendencias actuales y perspectivas de futuro*, ed. Cóllex, 2006, p. 175.

Como puede apreciarse, se trata de un concepto de cierta oposición al principio de MR y en concreto a la confianza mutua que ha de servirle de sustrato. En efecto, si las decisiones judiciales de otro Estado han de aceptarse sin demasiadas evaluaciones sobre su validez, imponer que las normas aplicadas para llevar a cabo una medida de investigación sean las del Estado requerido denota una cierta desconfianza en la efectividad de las normas del país anfitrión, o en la protección que se da en dicho país a los derechos fundamentales de los investigados.

En este sentido, puede considerarse que la aplicación estricta del MR no requeriría de estas prevenciones, es decir, el Estado requirente debería aceptar los resultados de las medidas de investigación llevadas a cabo en el país requerido, con la aplicación de las normas procesales nacionales.

En consecuencia, podría decirse que existe un verdadero MR cuando la práctica de la prueba en el Estado requerido se lleva a cabo con sujeción al derecho procesal de éste. Es decir, el país requirente habría de admitir o reconocer en su territorio una prueba producida en otro Estado, aunque estas condiciones o esos supuestos contrariasen su propio derecho¹²⁰.

Entre los objetivos de este trabajo, no obstante, no está analizar la pureza en la aplicación del MR por mucho que la EU consagre a dicho principio toda cooperación judicial entre sus Estados miembros. Se trata, en cambio, de valorar la obtención eficaz de los medios de prueba conseguidos a través de la cooperación transfronteriza.

Probablemente, la máxima eficacia en la obtención y admisibilidad se consiga con un compromiso de varios de los principios, conceptos y factores analizados en este trabajo. Aunque vaya en contra de la pureza del MR, como se decía anteriormente, la aplicación del *forum regit actum* facilita en gran medida la admisibilidad de los indicios obtenidos en el Estado requerido.

¹²⁰ Ormazábal Sánchez, G., “La formación del...”, *op. cit.*, p.47.

Parece obvio que, para el Estado que demanda la ejecución de una medida de investigación, la aplicación de sus normas procesales allende sus fronteras ayudará a asimilar en mejor modo los resultados de la misma en el proceso judicial que se esté llevando a cabo en su territorio. En este caso, el Estado requerido actuaría como un mero auxiliar que aplicaría las normas procesales del requirente.

Estos beneficios, en cuanto a la admisibilidad de los medios de prueba, han llevado a que las herramientas de cooperación procesal tiendan cada vez más a recurrir al *forum regit actum* en cuanto a la ejecución de los actos de investigación. No significa, en absoluto, una renuncia al MR sino que dicho principio se concreta en el reconocimiento y preceptiva ejecución de las resoluciones relativas a los actos de investigación. Es para el modo en que han de llevarse a cabo esos actos de investigación para lo que se aplica el *forum regit actum*, concretamente para la aplicación de ciertas normas procesales.

No obstante, esta exportación de las normas procesales no puede, ni debe, ser incondicional, y ha de tener su límite en que adoptar dichas normas no contravenga el orden constitucional del Estado en que se vayan a llevar a cabo los actos de investigación. En concreto, que no pongan en riesgo la protección de los derechos fundamentales en dicho país. Lo que algunos autores denominan como "cláusula de orden público"¹²¹.

Por otra parte, en contraposición de lo expuesto en párrafos anteriores, el *locus regit actum*, considerado en el entorno de la cooperación procesal penal, supone aplicar en los actos de investigación la normativa del país en cuyo territorio se llevan a cabo. Como puede deducirse, se trata de la práctica natural, con independencia de que se trate de una investigación transnacional o puramente doméstica. En la misma línea de lo argumentado hasta ahora, en este caso se facilita en gran medida que el acto de investigación sea autorizado por el juez o fiscal con competencia para ello en el Estado requerido.

¹²¹ Entre otros, Nieto Marín, A. "Fundamentos constitucionales del sistema europeo de derecho penal", *Estudios de Derecho Judicial*, nº 61, 2004, p. 33.

No obstante, según el país requirente del que se trate, puede que dicha cooperación resulte ineficaz. En estos casos dicha ineficacia podría tener su origen en no aceptar como válidas, en un proceso penal propio, la aplicación de alguna de las normas procesales extranjeras aplicadas en el lugar de la realización de la medida de investigación requerida.

Por último, en un breve análisis de la relación del *locus regit actum* con el MR, puede concluirse que una aceptación sin cortapisas de este principio, por parte del Estado requirente, supone una confianza absoluta en el ordenamiento procesal del Estado al que se le solicita la obtención del indicio. En consecuencia, su aceptación va ligada a la aceptación de que las normas procesales extranjeras son válidas, aunque no coincidan en su totalidad con las nacionales y que, por tanto, los resultados de la investigación han de aceptarse por regla general. Es decir, la aceptación del *locus regit actum* por parte del Estado emisor conduce a un MR en puridad.

IV. EL PAPEL DE LAS INSTITUCIONES EUROPEAS EN LA OBTENCIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA

Hasta el momento se han analizado varios aspectos comunes que tienen incidencia en la obtención eficaz de los medios de prueba transfronterizos en la EU. También se ha recopilado lo que el ECHR, órgano ajeno a la EU, ha aportado en cuanto a la configuración del proceso penal interestatal y a su carácter equitativo.

No obstante la obtención eficaz de las pruebas no puede entenderse si no existen instituciones, administrativas o judiciales, que materialicen las diferentes medidas para la cooperación internacional en el ámbito penal europeo. El análisis del desempeño de estas instituciones nos llevarán a entender la mecánica de ejecución de las diferentes herramientas de cooperación que se exponen en este trabajo, al tiempo que nos acercará a identificar las áreas de mejora en las que se pueden introducir reformas que mejoren la eficacia en la compartición de medios de prueba.

A través de los apartados anteriores ha quedado claro que los contactos entre naciones, inicialmente basados en el campo diplomático, han ido cambiando hasta orientarse al contacto directo entre órganos judiciales. Estos cambios, cuyos beneficios ya han sido tratados con anterioridad, requieren un importante esfuerzo en cuanto a infraestructuras organizativas.

En este sentido, el contacto político entre gobiernos y administraciones hace décadas que se encuentra perfectamente articulado a través de embajadas, consulados, etc.,... Este contacto es absoluto entre los miembros de la EU, a través de la pertenencia y dependencia de las instituciones comunitarias, cuyo máximo exponente son el Consejo, la Comisión y el Parlamento Europeo.

No obstante, el contacto directo entre órganos judiciales de diferentes países es relativamente reciente¹²². La consecuencia directa es que los canales de contacto entre estos órganos no han alcanzado el mismo nivel de evolución que los propios del campo diplomático y administrativo. El progresivo desarrollo y eficacia de la comunicación entre los entes judiciales tiene una incidencia directa en la aplicación de las herramientas de cooperación judicial que se verán en este trabajo y en consecuencia, en la obtención eficaz de los medios de prueba transfronterizos.

Aunque reciente en el tiempo, la actividad de las organizaciones de apoyo a la cooperación judicial penal supranacional ha experimentado un considerable aumento en los últimos años. Al realizar un estudio amplio del tema, queda claro que no sólo a través de la elaboración normativa se consiguen progresos en la transferencia eficaz de medios de prueba. La participación de las instituciones europeas juega un papel fundamental en la actualidad y debe cobrar mayor protagonismo en el futuro para que la cooperación llegue a buen término.

A continuación se analizarán las cuatro instituciones de ámbito europeo que guardan una relación más cercana con la cooperación procesal penal y, en concreto,

¹²² Si nos ceñimos al ámbito europeo, no fue hasta el mencionado ECMACM 1959 cuando se habilitó este contacto. Llama la atención si se tiene en cuenta que la primera embajada española data de 1480, en la Santa Sede, casi quinientos años antes.

con la obtención de indicios probatorios transnacionales. En primer lugar se expondrá la figura de los Magistrados de Enlace, nacida en el ámbito de la bilateralidad pero que todavía goza de utilidad para los Estados miembros de la EU.

Como un paso más en la cooperación directa entre autoridades judiciales, la Red Judicial Europea (EJN) es la segunda de las instituciones que se analizan dentro de este apartado, con especial atención al intercambio y validez de pruebas transfronterizas.

El tercer apartado se dedica a EUROJUST, agencia protagonista en el funcionamiento de herramientas que llevan años en marcha, como las EAW o los JIT, y que habrá de tener un importante papel en otras relativamente recientes, como la EIO.

Por último, dentro de este apartado se examinará el papel del Tribunal de Justicia de la EU (CJEU), órgano jurisdiccional por excelencia de la Unión, y cuya principal misión consiste en garantizar la correcta aplicación del derecho comunitario por parte de los países de la EU. Dentro de las normas cuyo cumplimiento ha de garantizar, se encuentran obviamente aquellas encaminadas a la cooperación procesal penal entre los Estados miembros.

1. Magistrados de Enlace

Cronológicamente, en el ámbito de la EU, los Magistrados de Enlace constituyen la primera figura creada con la finalidad concreta de facilitar el contacto directo entre autoridades judiciales y, por ende, de agilizar la cooperación judicial tanto en materia penal como civil.

A través de la Acción Común 96/277/JAI de 22 de abril de 1996,¹²³ posteriormente ampliada por la AC 96/602/JAI de 14 de octubre de 1996, el Consejo regulaba una práctica que los Estados miembros ya habían llevado a cabo de manera particular¹²⁴, consistente en el despliegue de Magistrados de Enlace a título bilateral.

¹²³ Diario Oficial de la Unión Europea L105, de 27.04.1996, pp. 7-21.

¹²⁴ Actualmente, España tiene destacados magistrados de enlace en Francia, Italia, Reino Unido, EEUU y Marruecos.

Las Acciones Comunes mencionadas no crearon la figura de los Magistrados de Enlace, sino que configuraron el marco para la proliferación de este tipo de enlace en la EU. Actualmente, el despliegue de éstos todavía debe llevarse a cabo a través de acuerdos bilaterales o multilaterales.

Los Magistrados de Enlace tienen como finalidad *incrementar la rapidez y la eficacia de la cooperación judicial y contribuir asimismo a una mayor comprensión recíproca entre los ordenamientos jurídicos y los sistemas judiciales de los Estados miembros*¹²⁵. En este sentido, puede afirmarse que actúan como catalizadores de la cooperación judicial dado que, sin intervenir en el resultado cualitativo del auxilio, aceleran y facilitan que éste se produzca.

Las funciones concretas pueden variar, en función del acuerdo del que se trate, pero en líneas generales pueden resumirse en las siguientes¹²⁶:

- Labores de intermediación en el cumplimiento de las solicitudes de asistencia judicial.
- Labores de intercambio de información o datos estadísticos, a fin de impulsar el conocimiento mutuo de los distintos sistemas bancos de datos jurídicos de los Estados interesados y las relaciones entre los profesionales jurídicos de ambos Estados.

Como órganos de enlace estrictamente judicial, queda patente su independencia de las administraciones gubernamentales por depender funcionalmente del Ministerio de justicia de su país de origen, y no de la embajada desplegada en el Estado que les acoge.

El artículo 4 de la AC 96/602/JAI, de 14 de octubre, contempla la posibilidad de que

¹²⁵ Preámbulo de la Acción Conjunta C 96/277/JAI, de 27.04.1996.

¹²⁶ Carmona Bermejo, J., “Instituciones de apoyo a la Cooperación: Red Judicial Europea, EUROJUST, EUROPOL, Interpol, Magistrados de Enlace, IberRed”, en Arnáiz Serrano, A. (Coord.), *Cooperación Judicial Penal en Europa*, ed. UC3M, 2013, pp. 943-998.

un Estado de la EU utilice a sus Magistrados de Enlace destacados en terceros países en beneficio de otros Estados miembros que no tengan magistrado desplegado en dicho país. Esta circunstancia además de racional, puesto que no tendría sentido el despliegue masivo de enlaces de los veintiocho Estados miembros, facilita su engarce con otros mecanismos de apoyo surgidos al amparo de la Unión, como se comprobará en el apartado siguiente.

La labor de los magistrados de enlace facilitó la prestación de auxilios judiciales entre los diferentes Estados de la EU, en los albores de su creación, y sigue facilitándola con terceros países en la actualidad. En concreto, a través de ellos se puede alcanzar un profundo conocimiento de los ordenamientos jurídicos de los Estados con los que se tiene una cooperación más estrecha.

De esta manera se facilita conocer, por ejemplo, qué juzgado es el competente para ejecutar la medida solicitada o, para el caso de la eficacia probatoria de los elementos, qué medidas han de adoptarse para respetar las normas procesales del Estado en cuyo territorio van a obtenerse los indicios.

No obstante, la escasa regulación normativa en cuanto a las funciones y cometidos de los Magistrados de Enlace, que se limita a las Decisiones citadas en este apartado, y el difícil acceso al contenido de los acuerdos bilaterales que completan su regulación, hacen que exista cierto desconocimiento sobre qué atribuciones corresponden a estos jueces destacados en otros países.

Este desconocimiento hace que pueda surgir cierta confusión acerca de esta figura. Muestra de ello es que en el ámbito de la cooperación activa, los jueces españoles suelen acudir a los magistrados de enlace de otros Estados miembros destacados en Madrid, en lugar de recurrir a los nacionales españoles que están destacados en otros Estados a los que quieren remitir la solicitud de asistencia judicial española¹²⁷.

¹²⁷ Rodríguez-Medel Nieto, C., *Obtención y admisibilidad en España de la prueba penal transfronteriza. De las comisiones rogatorias a la orden europea de investigación*, ed. Universidad Complutense de Madrid, 2017, p.150.

2. Red Judicial Europea

La Red Judicial Europea (EJN) fue creada a través de la AC 98/428/JAI¹²⁸ y su estructura fue reforzada por la Decisión 2008/276/JAI¹²⁹ del Consejo, de 16 de diciembre, que derogó a la primera. Se basa en el empleo de una serie de puntos de contacto (corresponsales nacionales, o de herramienta) cuya finalidad podría resumirse en:

- Facilitar la cooperación judicial entre los Estados miembros a través del contacto directo entre autoridades judiciales.
- Proporcionar información jurídica y práctica a las autoridades judiciales de los Estados llamados a colaborar.
- Promover la organización de sesiones de formación en materia de cooperación judicial para las autoridades competentes de los Estados miembros.

La Decisión 2008/276/JAI deja clara la convivencia de la EJN con un instrumento ya tratado en el punto anterior, los Magistrados de Enlace y con EUROJUST, a la que se dedicará el siguiente apartado. Respecto a los primeros, los Magistrados de Enlace, establece que aquellos que estén desplegados en territorio de la EU se incorporarán a la red de puntos de contacto y tendrán acceso a la red de telecomunicaciones segura¹³⁰.

En cuanto a EUROJUST, el artículo 10 de la Decisión 2008/276/JAI (en adelante, la Decisión) determina la relaciones entre esta agencia y la EJN, definiéndolas como *privilegiadas basadas en la consulta* y en la complementariedad, especialmente en cuanto al empleo de los puntos de contacto y al uso de la conexión de telecomunicaciones segura. Clara muestra de esta relación se encuentra en que la Secretaría de la EJN constituye una unidad funcional de la Secretaría de EUROJUST, que además aporta parte del presupuesto de dicha red.

¹²⁸ Diario Oficial de la Unión Europea L191, de 7.7.1998, p.4.

¹²⁹ Diario Oficial de la Unión Europea 348, de 24.12.2008, p.130.

¹³⁰ Artículo 2.6 de la Decisión 2008/276/JAI del Consejo.

Referido a la necesidad de la convivencia de ambas redes, al margen de las estrechas relaciones aludidas en el párrafo anterior, algunos autores fundamentan esta coexistencia en su aplicación complementaria. Así, debería intervenir EUROJUST cuando sea necesaria una cooperación multilateral, dejando la bilateralidad a la EJM o, atendiendo al tipo de delitos del que se trate, extender el uso de la EJM a todo tipo de delincuencia en contraposición de la limitación de EUROJUST a aquellos casos de delincuencia grave¹³¹.

Volviendo a la naturaleza de la EJM, supone un importante paso de integración respecto a los magistrados enlace, figura que no desecha como se citaba anteriormente. Su regulación es mucho más concreta, detallando en el artículo 7 de la Decisión el contenido que habrán de tener las comunicaciones a las que los Estados miembros se obligan a través de sus puntos de contacto. Además, la relación directa que ofrece la EJM entre los puntos de contacto nacionales ha supuesto un rotundo éxito, cimentado en el conocimiento de la legislación¹³² y de las jurisdicciones de otros Estados, así como en las relaciones personales de confianza que facilitan la aplicación de cualquier medida de cooperación basada en el MR.

3. EUROJUST

La conclusión número 46 del Consejo de Europeo de Tampere recogía la necesidad de crear una unidad compuesta por autoridades con competencia en materia de investigación (fiscales, magistrados o agentes de policía, según el país), cedidos por los diferentes Estados miembros y con la misión de reforzar la lucha contra la delincuencia organizada grave, mediante la facilitación de la coordinación de las fiscalías nacionales y el apoyo en las investigaciones penales.

No es objeto de este trabajo profundizar en demasía en la evolución temporal de

¹³¹ Rodríguez-Medel Nieto, C., *Obtención y admisibilidad...*, *op. cit.*, p. 155.

¹³² En el plano del conocimiento mutuo de las diferentes legislaciones penales europeas, resultan especialmente interesantes las denominadas "fichas belgas", que son 42 fichas técnicas referentes a las distintas medidas de investigación (registros, audiencia de testigos, bloqueo de bienes etc.) y en las que se explica la forma de proceder al respecto en cada Estado Miembro de modo que se tenga a disposición la información que un Magistrado necesita cuando debe llevar a cabo alguna medida en otro Estado Miembro. Información disponible en: https://www.ejm-crimjust.europa.eu/ejm/EJM_FichesBelges.aspx#

esta unidad, ahora agencia de la Unión Europea. Basta señalar que se creó a través de la Decisión del Consejo de 14 de diciembre de 2000 por la que se crea una Unidad provisional de cooperación judicial (2000/799/JAI)¹³³ y que posteriormente fue modificada por la Decisión 2009/426/JAI del Consejo de 16 de diciembre de 2008, por la que se refuerza EUROJUST.

Su misión, citada en el párrafo anterior, se desglosa en los siguientes puntos¹³⁴:

- Fomentar y mejorar la coordinación entre las autoridades competentes de las investigaciones y de las actuaciones judiciales en los Estados miembros.
- Mejorar la cooperación entre las autoridades competentes de los Estados miembros, en particular, facilitando la ejecución de asistencia judicial internacional y de las solicitudes de extradición.
- Apoyar en general a las autoridades competentes de los Estados miembros para dar mayor eficacia a sus investigaciones y actuaciones.
- Prestar apoyo a investigaciones y actuaciones que afecten únicamente a un Estado miembro y un tercer país, o a un Estado miembro y a la Comunidad, cuando se haya celebrado con dicho país un acuerdo de cooperación o cuando exista un interés esencial en dicho apoyo.

La competencia en cuanto a delitos e infracciones de las que puede conocer, se liga a la que corresponde a EUROPOL¹³⁵, así como acciones conexas con aquellas que forman parte de su ámbito de actuación.

Su funcionamiento se basa en el despliegue, por parte de los Estados miembros, de una serie de representantes de alto nivel¹³⁶ que desempeñan su función en la sede de la agencia. Estos miembros nacionales cuentan con el apoyo de adjuntos, asistentes y

¹³³ Diario Oficial de la Unión Europea L324/2, de 21.12.2000.

¹³⁴ Artículo 3 de la Decisión 2009/426/JAI del Consejo de 16 de diciembre por la que se refuerza EUROJUST y se modifica la Decisión 2002/187/JAI.

¹³⁵ EUROPOL es la agencia de la Unión Europea en materia policial. Su principal objetivo es contribuir a la consecución de una Europa más segura para beneficio de todos los ciudadanos de la EU. En su competencia están las investigaciones relativas a terrorismo, tráfico de drogas, blanqueo de capitales, fraude organizado, falsificación de euros y tráfico de seres humanos.

¹³⁶ Fiscales, jueces o funcionarios de policía con competencias equivalentes.

expertos nacionales destacados. Este despliegue se completa con magistrados de enlace en terceros países¹³⁷.

Entre los organismos que alberga destaca, a los efectos de este trabajo, la Red de Equipos Conjuntos de Investigación (JITNEN), que tiene un importante papel en la obtención de la prueba transfronteriza en el territorio de la EU¹³⁸.

Su actividad trasciende del mero contacto entre expertos de los diferentes Estados miembros para el conocimiento mutuo de los ordenamientos jurídicos. Toma parte en cuestiones relativas a la tramitación de asuntos penales y celebra reuniones en las que se coordinan y planifican acciones operativas. También con trascendencia a los efectos de la obtención de medios de prueba, EUROJUST facilita la ejecución de los instrumentos jurídicos internacionales entre los que se encuentra la EIO.

4. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (CJEU)

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (CJEU), con sede en Luxemburgo, constituye el órgano jurisdiccional de la EU. En términos generales, su misión puede resumirse en ser garante de la correcta aplicación e interpretación del derecho de la Unión por parte de los Estados miembros¹³⁹. Esta función puede desarrollarse en las

¹³⁷ Actualmente se encuentran destacados en la sede de EUROJUST magistrados de enlace de Noruega y de EEUU.

¹³⁸ Durante el año 2016, EUROJUST apoyó la creación y el desempeño de 146 JIT, en 14 de ellos participaban terceros estados, según refleja el informe anual de dicho año. Puede consultarse en: <http://www.EUROJUST.europa.eu/doclibrary/corporate/Pages/annual-reports.aspx>

¹³⁹ Expuestas en toda su extensión en el artículo 19 del TEU:

1. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea comprenderá el Tribunal de Justicia, el Tribunal General y los tribunales especializados. Garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados.

Los Estados miembros establecerán las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión.

2. El Tribunal de Justicia estará compuesto por un juez por Estado miembro. Estará asistido por abogados generales.

El Tribunal General dispondrá al menos de un juez por Estado miembro.

Los jueces y abogados generales del Tribunal de Justicia y los jueces del Tribunal General serán elegidos de entre personalidades que ofrezcan plenas garantías de independencia y que reúnan las condiciones contempladas en los artículos 253 y 254 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Serán nombrados de común acuerdo por los Gobiernos de los Estados miembros para un período de seis años. Los jueces y abogados generales salientes podrán ser nombrados de nuevo.

3. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará, de conformidad con los Tratados:

siguientes actividades:

- Controla la legalidad de los actos de las instituciones europeas
- Vela por que los Estados cumplan con las obligaciones recogidas en los Tratados
- Interpreta el Derecho de la EU, a solicitud de los jueces nacionales.

De ellas, como puede deducirse, son las dos últimas las que guardan mayor relación con la aplicación de la normativa de cooperación penal. En concreto, respecto a lo recogido en los Tratados en cuanto a respeto de derechos y libertades fundamentales, y en cuanto a la interpretación que los Estados miembros pueden hacer de las diferentes normas de cooperación, ya sea a través de su transposición a la legislación nacional o a su aplicación directa, cuando corresponda.

Al margen de lo contemplado en su estatuto propio, las líneas reguladoras del CJEU están marcadas en la Sección Quinta del Capítulo I del Título I del TFEU, dedicado a las disposiciones institucionales.

La estructura del CJEU consta de dos órganos jurisdiccionales, el Tribunal de Justicia (JC) y el Tribunal General (GC). Por las competencias que le asigna el TFEU, el GC es ajeno, al menos con su configuración actual, a las cuestiones inherentes a la cooperación judicial penal¹⁴⁰.

a) sobre los recursos interpuestos por un Estado miembro, por una institución o por personas físicas o jurídicas;

b) con carácter prejudicial, a petición de los órganos jurisdiccionales nacionales, sobre la interpretación del Derecho de la Unión o sobre la validez de los actos adoptados por las instituciones;

c) en los demás casos previstos por los Tratados.

¹⁴⁰Recogidas en el artículo 256 del TFEU:

1. El Tribunal General será competente para conocer en primera instancia de los recursos contemplados en los artículos 263, 265, 268, 270 y 272, con excepción de los que se atribuyan a un tribunal especializado creado en virtud del artículo 257 y de los que el Estatuto reserve al Tribunal de Justicia. El Estatuto podrá establecer que el Tribunal General sea competente en otras categorías de recursos.

Contra las resoluciones dictadas por el Tribunal General en virtud del presente apartado podrá interponerse recurso de casación ante el Tribunal de Justicia limitado a las cuestiones de Derecho, en las condiciones y dentro de los límites fijados en el Estatuto.

2. El Tribunal General será competente para conocer de los recursos que se interpongan contra las resoluciones de los tribunales especializados. Las resoluciones dictadas por el Tribunal General en virtud del presente apartado podrán ser examinadas con carácter excepcional por el Tribunal de Justicia, en las condiciones y dentro de los límites fijados en el Estatuto, en caso de riesgo grave de que se vulnere la unidad o la coherencia del Derecho de la Unión.

El JC está compuesto por 28 jueces y 11 abogados generales. El papel de los abogados generales consiste en presentar, con toda imparcialidad e independencia, un dictamen jurídico sobre los asuntos que se les asignen. El JC puede reunirse en Pleno, Gran Sala (15 jueces) o en salas de cinco o tres jueces. Interviene en diferentes tipos de procedimientos, entre los que han de resaltarse las cuestiones prejudiciales, por su relación con la cooperación procesal penal.

Las cuestiones prejudiciales son consultas de carácter obligatorio que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros trasladan al JC con el fin de garantizar una aplicación uniforme del derecho de la EU en todo su territorio. La resolución de la consulta se hace en forma de sentencia vinculante y sus consecuencias son extensivas al resto de Estados.

En relación directa con los objetivos de este trabajo, es abundante la jurisprudencia del JC en forma de respuestas a cuestiones prejudiciales planteadas en cuanto a la interpretación, por ejemplo, de la Decisión Marco reguladora de la EAW¹⁴¹. En buena lógica, es previsible que el JC sea el principal órgano de interpretación de los instrumentos normativos, de obtención y admisibilidad de pruebas, que se han ido desarrollando pero que todavía no tienen el mismo bagaje práctico que la EAW.

En este elenco de jurisprudencia se encuentran sentencias que, de manera indirecta, permiten prever el papel que el CJEU va a tener en un futuro inmediato, en relación a la obtención eficaz de los indicios conseguidos al amparo del derecho comunitario.

3. El Tribunal General será competente para conocer de las cuestiones prejudiciales, planteadas en virtud del artículo 267, en materias específicas determinadas por el Estatuto. Cuando el Tribunal General considere que el asunto requiere una resolución de principio que pueda afectar a la unidad o a la coherencia del Derecho de la Unión, podrá remitir el asunto ante el Tribunal de Justicia para que éste resuelva.

Las resoluciones dictadas por el Tribunal General sobre cuestiones prejudiciales podrán ser reexaminadas con carácter excepcional por el Tribunal de Justicia, en las condiciones y dentro de los límites fijados en el Estatuto, en caso de riesgo grave de que se vulnere la unidad o la coherencia del Derecho de la Unión.

¹⁴¹ Disponibles en: <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=es>

La primera de ellas es la sentencia *Pupino*¹⁴², en la que el CJEU se pronuncia ante una cuestión prejudicial planteada por un tribunal italiano y en la que se establece que la legislación nacional ha de interpretarse acorde a lo dispuesto por la normativa europea que pudiese existir en la materia. Todo ello siempre que no contravenga lo dispuesto por el ordenamiento jurídico nacional y que la interpretación no vulnere el proceso equitativo descrito en el artículo 6.1 del ECoHR, coincidente en contenido con el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (ChFREU)¹⁴³.

Es necesario considerar, además, que la sentencia se dicta en 2003, todavía con la redacción dada al TEU en Ámsterdam, en el que los asuntos de justicia e interior todavía pertenecían al tercer pilar intergubernamental y se regulaban mediante Decisiones Marco. En este periodo, además, la ChFREU todavía no formaba parte del derecho primario de la Unión.

En concreto, la cuestión planteada estaba basada en considerar como prueba preconstituida la declaración de unos menores en la fase de instrucción, sin que se reprodujese el testimonio en la fase oral por la especial consideración hacia la vulnerabilidad las víctimas. La legislación italiana no contemplaba el mero hecho de ser menores como motivo de exención de la necesidad de practicar la prueba testifical durante la fase oral, sino que únicamente lo especificaba para ciertos delitos de índole sexual.

La sentencia del CJEU deja claro que la aplicación de la legislación nacional en este aspecto ha de hacerse en interpretación de lo dispuesto en el artículo 8.4¹⁴⁴ de la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto

¹⁴² Sentencia del CJEU, de 16 de junio de 2005, nº 105/2003, caso *Pupino*. El origen de la causa fue la condena de la maestra de parvulario, María Pupino, por abusos en el ámbito disciplinario practicados sobre niños de 5 años.

¹⁴³ Publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea, de 18.12.2000.

¹⁴⁴ "Los Estados miembros garantizarán, cuando sea necesario proteger a las víctimas, y sobre todo a las más vulnerables, de las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública, que éstas puedan, por resolución judicial, testificar en condiciones que permitan alcanzar ese objetivo, por cualquier medio adecuado compatible con los principios fundamentales de su Derecho."

de la víctima en el proceso penal¹⁴⁵. Determina, por tanto, que la declaración de los menores, sometida al principio de contradicción en la fase de instrucción, debe tener la consideración de prueba preconstituida, aunque ese caso concreto no estuviese contemplado en la legislación interna.

Además, apostilla que la interpretación de la legislación nacional según las líneas marcadas por la Decisión Marco, no desvirtúa la configuración del proceso equitativo consagrado en el artículo 6 del ECoHR. Circunstancia que no solo deja clara la observancia por parte del CJEU de lo contemplado por el ECoHR, sino que permite inferir que no se aceptaría una aplicación de la normativa nacional que alterase el concepto de proceso equitativo.

Al hilo de la jurisprudencia emitida por el CJEU, la sentencia dictada por el caso *Melloni*¹⁴⁶ constituye otro hito con transcendencia directa en la obtención de indicios en el seno de la EU y especialmente, en la protección de los derechos fundamentales con su incidencia en la admisibilidad de los medios de prueba.

En líneas generales, el dictamen del CJEU determinaba que no es posible denegar una EAW argumentando que el inculcado no había estado presente en el juicio, aun cuando tuvo conocimiento de la celebración del mismo y estuvo defendido de manera efectiva por un abogado designado al efecto¹⁴⁷. En este caso, argumenta el CJEU, no procede denegar el cumplimiento de la EAW alegando un grado de protección de los derechos fundamentales superior al garantizado en el articulado de la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento

¹⁴⁵ Diario Oficial de la Unión Europea L82, de 22.3.2001.

¹⁴⁶ Sentencia del CJEU, 26 de febrero de 2013, nº C-399/11. Emitida ante cuestión prejudicial presentada en 2011 por el Tribunal Constitucional de España.

¹⁴⁷ En resumen, el caso Melloni consistió en el recurso de casación presentado ante el TC por parte de ciudadano italiano condenado en rebeldía por un delito de quiebra fraudulenta en su país, que consideraba que su entrega al país transalpino por parte de España, en ejecución de una EAW, vulneraba su derecho a defensa. Se aferraba a la interpretación del TC español, aplicada tanto en caso de extradición como de EAW, de condicionar la entrega del condenado *in absentia* a que éste fuese juzgado de nuevo, o se le diese la oportunidad de recurrir.

mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado.

En este sentido, resulta clarificador que el Alto Tribunal determine que los estándares de protección de los Derechos Fundamentales, en el ámbito de la EU, lo determina la ChFREU, sin perjuicio del grado de protección superior que determinados Estados apliquen a los casos estrictamente domésticos. Es decir, la normativa europea no marca unos mínimos, sino unos estándares¹⁴⁸, cuando se trata de casos que afecten a la cooperación entre Estados miembros. Los Estados miembros no pueden disponer unos niveles diferentes de protección de los derechos fundamentales, ni más ni menos exigentes, a los que disponga el derecho comunitario, cuando se trate de medidas de cooperación judicial penal y todo ello sin perjuicio del grado de tutela que apliquen en casos estrictamente nacionales.

Resulta igualmente interesante una de las conclusiones del Abogado General en la que aclara que lo dispuesto en la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, no solo respeta lo dispuesto en el ECoHR y en la ChFREU (artículos 47 y 48, consagrados al derecho de defensa), sino que lo concreta de manera que sea identificable cuándo se produce una vulneración de los derechos recogidos en ambos textos.

Por otra parte, con la lectura de la Sentencia queda patente que la asimetría en el modo en que se protegen ciertos derechos fundamentales en los diferentes Estados puede suponer un serio obstáculo para la aplicación de los instrumentos basados en el MR. Razón ésta por la que la interpretación del derecho comunitario no ha de hacerse en direcciones divergentes, sino en un único sentido que reduzca los obstáculos a su

¹⁴⁸ Contradice así la interpretación del TC que consideraba el artículo 53 de la ChFREU como una declaración de mínimos, que cualquier Estado miembro podía reforzar cuando su legislación nacional entrase en juego con las herramientas de cooperación penal. El CJEU basa su razonamiento en dos cuestiones fundamentales:

a) Si se siguiese esa interpretación se menoscabarían los principios de primacía, unidad y efectividad del Derecho de la Unión.

b) Dicha interpretación iría en contra de la finalidad de la DM, que es superar las dificultades del principio reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas en ausencia, armonizando las condiciones de ejecución de una orden en estos casos.

funcionamiento, sin perjuicio de los límites que impone las constituciones nacionales y siempre con la observancia del artículo 53 de la ChFREU¹⁴⁹.

En conclusión, tal y como ocurría en el caso *Pupino*, vuelve a ponerse de manifiesto la preponderancia del derecho europeo cuando se trata de herramientas de cooperación penal entre varios Estados de la Unión.

Al margen de la relevante jurisprudencia emitida por el CJEU, conviene resaltar un importante cambio introducido por la redacción dada al TEU en el ToL, y que afecta directamente a dicho tribunal. Además de consolidar su estatus de órgano jurisdiccional de la EU, como se expone más arriba, el ToL amplía de manera considerable las competencias del CJEU en cuestiones referentes al ASLJ.

Antes de las modificaciones introducidas en Lisboa, el entonces denominado Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas tenía potestad limitada para interferir en asuntos denominados JAI. El título VI de la anterior redacción del TEU no le reconocía capacidad plena para interpretar y pronunciarse sobre la validez de las medidas relativas a cooperación policial y judicial en materia penal¹⁵⁰.

A partir del ToL, el CJEU tiene plena competencia para garantizar el cumplimiento, la interpretación y la aplicación del derecho comunitario que se produzca en el ámbito del AFSJ. Solo se excluyen, como excepciones, la interferencia en la valoración sobre la adecuación o la proporcionalidad de las operaciones efectuadas por los cuerpos policiales o fuerzas con análogas competencias; y las medidas que cada Estado tome para ejercer sus responsabilidades en cuanto al mantenimiento del orden público y la

¹⁴⁹ Artículo 53 de la ChFREU

Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo Ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión, la Comunidad o los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros.

¹⁵⁰ En general, la anterior redacción del TEU era muy restrictiva con el papel del TJCE. Al margen de las limitaciones tratadas arriba, los Estados miembros debían emitir una comunicación aceptando la competencia de dicho tribunal en asuntos JAI, y solo se facultaba a los tribunales de última instancia de los Estados miembros a presentar cuestiones prejudiciales.

salvaguarda de la seguridad interior¹⁵¹.

Además de incrementar las competencias del CJEU, el ToL introduce un cambio de calado en cuanto a la configuración de su derecho primario. En el artículo 6.1 del TEU¹⁵² incorpora el contenido de la ChFREU a su acervo originario, en el que forma parte en igualdad de condiciones al TEU y al TFEU. Es decir, la ChFREU pasa a tener el mismo poder vinculante que los textos que configuran el Tratado.

Esta modificación, que podría parecer ajena a la configuración del CJEU, puede tener una influencia definitiva en el rol que le corresponde. Considerando que el CJEU tiene como finalidad fundamental velar por la correcta interpretación, aplicación y respeto del derecho de la EU, el hecho de incluir la ChFREU como parte del ordenamiento primario amplia, de manera indirecta, las competencias del CJEU. En relación directa con los objetivos de este trabajo, el CJEU será garante de que en todos los actos de la EU se respete lo dispuesto en la ChFREU.

Entre los derechos contemplados en la misma, están los de la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, contemplado en el artículo 47¹⁵³. En el texto del artículo se menciona el derecho de toda persona *"a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial"*. El enunciado de este derecho está inspirado, como se adelantaba con anterioridad, en el

¹⁵¹ Excepción reflejada en el artículo 276 del TFEU.

¹⁵² Artículo 6.1 del TEU:

"La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.

Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados.

Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones."

¹⁵³ Artículo 47 "Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial"

Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo.

Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar.

Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia.

de "proceso equitativo" creado por el artículo 6.1 del ECoHR, y que ha sido el principal sustento normativo en el que el ECHR ha basado la jurisprudencia sobre la admisibilidad de las pruebas obtenidas en otro Estado europeo, tal y como se ha expuesto en este Capítulo.

En conclusión, cabe esperar que el CJEU aumente su protagonismo en el papel de velar por el cumplimiento del artículo 47 de la ChFREU, ahora parte del derecho de la EU y del todo vinculante, y que se encargue de sentar la jurisprudencia en cuanto a lo que debe entenderse como un proceso equitativo. En definitiva, el CJEU debería asumir respecto al artículo 47 de la ChFREU, el papel que tiene el ECHR respecto a la salvaguarda de lo dispuesto en el artículo 6.1 del ECoHR.

No obstante, seguiría sin resolverse la indefinición acerca de cuándo debe entenderse que la equidad del proceso se ha quebrantado, tal y como se expuso al inicio de este capítulo, dedicado al ECHR. Es decir, la indefinición de lo dispuesto en el artículo 6.1 del ECoHR tendría su continuación en la interpretación del artículo 47 de la ChFREU.

Por último, el artículo 6.2 del TEU determina la adhesión de la EU al ECoHR. Aunque esta adhesión pudiera parecer redundante, una vez que la ChFREU forma parte del derecho primario de la EU, tiene una gran importancia en la relación de la EU con terceros Estados. Es decir, a modo de ejemplo, esta adhesión obliga a la EU a respetar el contenido en dicho convenio en el ejercicio de sus funciones, no sólo respecto a lo que afecte a sus Estados miembros sino también cuando sus actos afecten a alguno de los países miembros del Consejo de Europa pero no de la EU.

V. LA VALIDEZ PROBATORIA TRANSNACIONAL DESDE LA PERSPECTIVA ESPAÑOLA

El objeto de este trabajo no busca analizar la admisibilidad de las pruebas transnacionales desde el punto de vista de cada uno de los ordenamientos nacionales de los Estados europeos. Como ya hemos reiterado, la perspectiva que enfoca esta

investigación es la de analizar la obtención eficaz de los indicios desde la gestión de la cooperación judicial penal que ofrecen los instrumentos desde un punto de vista supranacional. No obstante, acercarnos a la realidad de la aplicación de este tipo de instrumentos en un país concreto puede ayudarnos a conocer los pormenores de su funcionamiento y las peculiaridades que presenta la admisibilidad de la prueba obtenida de modo transfronterizo en los ámbitos nacionales de cada Estado.

Por esta razón, es necesario el conocimiento de la postura de un Estado miembro, como España, ante los medios de prueba obtenidos en el territorio de otro país de la Unión. Y ello porque nos puede permitir identificar posibles inconvenientes que nos lleven a orientar las propuestas normativas que constituyen el objetivo de este trabajo.

Por otra parte, teniendo en cuenta que la consideración española de la prueba obtenida en el extranjero se caracteriza por un tratamiento uniforme, adquiere especial importancia la exposición de dicha regulación en este capítulo, dedicado a los aspectos comunes a todos los instrumentos de cooperación.

Así pues llevaremos a cabo un breve análisis del tratamiento que da el Tribunal Supremo (en adelante, TS) de nuestro país a los medios probatorios obtenidos en el extranjero. En este sentido y con carácter general, el TS da por válida la prueba obtenida en otro Estado con el que comparta los mismos valores constitucionales que, se supone, son comunes al resto de países miembros de la EU, siempre que en el Estado requerido no se vulnere lo dispuesto por su ordenamiento interno para la realización del acto de investigación del que se trate. En otras palabras, el TS confía la validez de los indicios obtenidos en el extranjero a la aplicación estricta del *locus regit actum*, desde el punto de vista del ordenamiento del Estado requerido.

Esta aceptación, sin mayores comprobaciones respecto a las condiciones en las que se han obtenido las pruebas en el país de ejecución, se denomina “principio de no indagación” y está sustentado en un argumentario que podría resumirse en los puntos

siguientes y que se han ido consolidando en base una nutrida jurisprudencia¹⁵⁴:

- a. Debe otorgarse un valor primordial a la *lex loci* porque así lo establecen el ECMACM 1959, el SA y el ECMACM 2000¹⁵⁵.
- b. Los tribunales españoles no pueden controlar o verificar el modo en que las autoridades extranjeras aplican el derecho de su propio país¹⁵⁶.
- c. No se puede exigir a los tribunales ni autoridades extranjeras que conozcan el ordenamiento jurídico español, ni el desarrollo de la jurisprudencia en nuestro país¹⁵⁷.
- d. Cuando se trata de actuaciones desarrolladas entre Estados miembros, debe imperar el principio subyacente de la confianza recíproca entre los países participantes¹⁵⁸.

La aplicación del “principio de no indagación” se plasma en un importante cuerpo jurisprudencial del Alto Tribunal español que ha venido consolidándolo en el tiempo. Entre las sentencias más destacadas figura la STS 4777/2013¹⁵⁹, en la que el TS admite los elementos probatorios obtenidos en Portugal, en aplicación de las normas procesales lusas.

No hay mejor exposición de la aplicación del “principio de no indagación” por parte del TS que reproducir parcialmente el texto del fundamento de derecho "Décimo noveno" de la mencionada sentencia: *"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*

¹⁵⁴ Gascón Inchausti, F, " La eficacia de las pruebas penales obtenidas en el extranjero al amparo del régimen convencional: apogeo y declive del principio de no indagación", en González Cano, M.I. (Coord.), *Orden Europea de Investigación y Prueba Transfronteriza en la Unión Europea*, ed. Tirant, 2019, pp. 49-52.

¹⁵⁵ Sentencia del TS, de 8 de abril, nº ROJ 2624/2011.

¹⁵⁶ Sentencia del TS, de 16 de junio, nº ROJ 4234/1997.

¹⁵⁷ Sentencia del TS, de 8 de marzo, nº ROJ 1841/2000.

¹⁵⁸ Sentencia del TS, de 9 de diciembre, nº ROJ 7041/1996.

¹⁵⁹ En el caso origen de la sentencia, se procesaba a un grupo organizado dedicado al tráfico de drogas que operaba entre Colombia, Portugal y España. El recurso de casación fue presentado por la defensa de uno de los encausados cuya actividad delictiva se desarrollaba en el país Luso. El motivo para acudir al TS fue que el tribunal que falló en primera instancia admitió los actos de investigación llevados a cabo por las autoridades portuguesas.

esencial, según el art. 29 del Tratado de la Unión en la versión consolidada de Maastricht, 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 de 20 de Abril de 1959. En tal sentido se pueden citar las Sentencias de esta Sala 13/95 de 19 de Enero en relación a Comisión Rogatoria cumplimentada por Alemania; Sentencia no 974/96 de 9 de Diciembre donde expresamente se proclama que "...en el ámbito del espacio judicial europeo no cabe hacer distinciones sobre garantías de imparcialidad de unos u otros Jueces ni del respectivo valor de los actos ante ellos practicados en forma...", en relación a Comisión Rogatoria ante las autoridades suecas; la STS no 340/2000 de 3 de Marzo que en sintonía con las anteriores confirma la doctrina de que la incorporación a causa penal tramitada en España de pruebas practicadas en el extranjero en el marco del Convenio Europeo de Asistencia Judicial citado no implica que dichas pruebas deban ser sometidas al tamiz de su conformidad con las normas españolas; la STS no 1450/99 de 18 de Noviembre en relación a Comisión Rogatoria cumplimentado por las autoridades francesas, y en fin, la Sentencia no 947/2001 de 18 de Mayo para la que "...no le corresponde a la autoridad judicial española verificar la cadena de legalidad por los funcionarios de los países indicados, y en concreto el cumplimiento por las autoridades holandesas de la legalidad de aquel país ni menos sometidos al contraste de la legislación española...".

Transcrito el párrafo anterior, desde nuestro punto de vista, llama la atención la firme confianza del TS en el modo de proceder de las autoridades judiciales de otro país y en el modo en que se considera garantizada la protección de los derechos fundamentales de los encausados en un Estado ajeno. Resulta igualmente llamativo que no se haga una mínima valoración que plantee si las medidas de investigación llevadas a cabo se han materializado con respeto al derecho equitativo reflejado en el ECoHR y en la ChFREU.

Indicado lo anterior, era de esperar que la postura jurisprudencial del TS no se

mantuviese por mucho tiempo. Llegamos a esta conclusión porque, no en vano, buena parte de los instrumentos de cooperación procesal que están viendo la luz a nivel europeo consideran, de manera expresa, la aplicación del *lex fori* en la obtención de medios de prueba. Por ello y con esta nueva situación, cabe plantearse si sigue teniendo sentido la consideración férrea que venía haciendo el TS del *locus regit actum* porque, de acuerdo a la normativa más reciente emanada de la EU, es frecuentemente viable solicitar al Estado requerido que aplique la normativa procesal del país requirente.

En otros términos, dado que los nuevos instrumentos de obtención de la prueba transfronteriza en el ámbito de la EU, habilitan al Estado emisor a solicitar que se apliquen sus propias normas procesales allende sus fronteras, no entendemos por qué el TS español debería seguir dando por lícita una prueba obtenida en el extranjero que se ha obtenido en aplicación de normas procesales ajenas y que podría vulnerar los derechos procesales de los encausados¹⁶⁰.

De hecho, la matización esperada del “principio de no indagación” ha comenzado a plasmarse a través de una de las sentencias del propio TS¹⁶¹, emitida a raíz de la conocida como “Lista *Falciani*”. Esta lista, en la que aparecían clientes de una entidad bancaria con sede en Suiza y que acabó en poder de las autoridades tributarias francesas, constituyó la prueba de cargo que dio lugar a una serie de procesos judiciales contra investigados de varios países. No obstante, dicha información fue obtenida de manera irregular por parte de uno de los empleados de la entidad, utilizando sus atribuciones profesionales para utilizarlos para fines ajenos.

En una de las causas que generó la aparición del listado, el investigado solicitó que la prueba fuese declarada nula, debida a la obtención ilegítima de dicha información

¹⁶⁰ Por ilustrarlo con un ejemplo, supongamos el caso de que España solicitase a otro Estado miembro que se sometiese a un sospechoso a una rueda de reconocimiento en su territorio. Si la normativa procesal de ese hipotético país no obligase a la presencia de abogado en este acto de investigación, no tendría sentido que el TS diese por válido el resultado de dicha rueda de reconocimiento, si de acuerdo con la DEIO el tribunal español podría haber solicitado previamente que estuviese presente el abogado de la defensa.

¹⁶¹ Sentencia del TS, de 23 de febrero, nº ROJ: STS 471/2017, caso *Falciani*.

por parte de autoridades extranjeras. Aunque en primera instancia la Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recurso, la Sala 2ª del TS acabó dando la razón al investigado alegando que los tribunales españoles no pueden permanecer indiferentes ante flagrantes violaciones de los derechos fundamentales de los investigados, aunque estas vulneraciones se lleven a cabo en el extranjero.

En otras palabras, esta sentencia matiza de manera considerable la aplicación del “principio de no indagación” y lleva a plantearse hasta qué punto deben los tribunales españoles examinar el respeto de los derechos fundamentales en la obtención de pruebas en otros Estados miembros.

En este sentido, para llevar a cabo ese examen, sería necesario valorar si se ha cumplido la normativa que protege los derechos fundamentales del investigado, en este caso desde la perspectiva española. Si, como consideramos, esta va a ser la tendencia general en nuestro país y en gran parte de Estados miembros, resulta fundamental el establecimiento de unos estándares mínimos europeos de protección de los derechos fundamentales y del resto de garantías procesales de los investigados.

En ese afán normalizador, y atendiendo a la jurisprudencia a la jurisprudencia del ECHR, estimamos que una norma que estableciese dichos estándares debería partir de la definición o concreción del concepto de “proceso equitativo” definido en el artículo 6 de la ECoHR y en el 47 de la ChFREU.

VI. RECAPITULACIONES

PRIMERA. Las herramientas de cooperación basadas en la MA están sometidas a agentes ajenos al ámbito judicial y adolecen de defectos característicos, como el requisito de doble incriminación, que disminuyen su fiabilidad y reducen su eficacia.

SEGUNDA. Los instrumentos basados en MR gozan de un gran automatismo, pero pueden derivar en casos de vulneración de Derechos Fundamentales, o en disfunciones en cuanto a su protección, en aquellos casos en que entren en contacto

sistemas procesales con disparidad en el modo de proteger dichos derechos.

TERCERA. Aunque la EU ha apostado definitivamente por el MR como piedra angular del entramado normativo de cooperación procesal penal entre sus Estados miembros, los rasgos de la MA siguen presentes en buena parte de las normas que forman este elenco.

CUARTA. La predominancia del principio del *locus* o del *forum regit actum* ayuda a predecir el funcionamiento de las herramientas de cooperación procesal penal. En términos generales, puede deducirse que la aplicación del *locus* facilitará que la medida de investigación se materialice, mientras que el *forum* allanará el camino a la posterior admisibilidad de los medios de prueba obtenidos.

QUINTA. A través del derecho a un proceso equitativo, reflejado en el artículo 6 del ECoHR y en el 47 de la ChFREU, el ECHR ha sentado jurisprudencia acerca de lo que pueden considerarse estándares mínimos de la protección de los Derechos Fundamentales en el proceso penal, basándose siempre en el respeto a dicho derecho. No obstante, estos estándares son muy difusos al no estar definidas con claridad las características que deben definir en qué consiste dicho concepto.

SEXTA. Los estándares de protección de los Derechos Fundamentales de los encausados en un proceso penal, establecidos de manera difusa por el ECoHR y por la ChFREU, pueden ser un punto de partida idóneo para conseguir una mínima armonización del derecho procesal que facilite la implementación de los instrumentos de cooperación procesal y la posterior admisibilidad de los medios de prueba obtenidos a través de los mismos.

SÉPTIMA. Desde el punto de vista de la jurisprudencia española, el TS se ha pronunciado en reiteradas ocasiones dando por válidas las pruebas obtenidas en otros Estados siempre que se hayan respetado las normas procesales de esos países, cuando éstos comparten los mismos valores constitucionales. Todo ello en aplicación del principio de no indagación. No obstante, esta postura jurisprudencial está siendo

matizada con sentencias como la correspondiente al caso *Falciani*, según la cuál, los tribunales españoles no pueden permanecer indiferentes ante flagrantes violaciones de los derechos fundamentales de los investigados, aunque estas vulneraciones se lleven a cabo en el extranjero.

OCTAVA. Al margen de las disposiciones normativas, de las posturas doctrinales y de la jurisprudencia al efecto, para incrementar la eficacia procesal de la prueba transfronteriza resulta fundamental el papel de los agentes facilitadores prácticos en la cooperación. En este sentido, la EJM y EUROJUST deben desempeñar un papel activo que fomente el conocimiento mutuo de los ordenamientos procesales de los diferentes Estados.

Resulta indispensable, en este sentido, incrementar y estructurar el papel de formación que llevan a cabo estas instituciones para consolidar un currículo formativo que esté disponible para los agentes intervinientes en la cooperación procesal penal en la EU. Este papel es aún más sensible si se atiende a que, en los instrumentos de cooperación, es cada vez más frecuente el contacto directo entre autoridades judiciales, en detrimento de las tradicionales autoridades centrales de carácter administrativo.

NOVENA. En el plano de las instituciones europeas, tiene una especial relevancia el CJEU. Además, los cambios introducidos por el ToL incrementan de manera significativa las competencias del Tribunal en materias relacionadas con el AFSJ. Esta ampliación de las competencias lleva al CJEU a garantizar también el cumplimiento y la correcta interpretación de las normas comunitarias en materia de cooperación penal.

Esta extensión del ámbito de actuación del CJEU tiene todavía más importancia si se tiene en cuenta que el contenido del ChFREU y su concepto de proceso equitativo, ya forma parte del derecho primario de la EU. En definitiva el CJEU será garante de que todo ciudadano europeo tenga derecho a un proceso equitativo.

DÉCIMA. De la jurisprudencia existente emitida por el CJEU se obtienen las siguientes

ideas de aplicación a la finalidad de este trabajo:

- El ordenamiento europeo no impide que los Estados miembros tengan unos niveles de protección de los Derechos Fundamentales superiores a los dispuestos por el ECoHR y por la ChFREU. No obstante, imposibilita denegar el cumplimiento de una Directiva o una FD alegando esos niveles superiores de protección.
- Siempre que no contravenga su ordenamiento interno y a falta de regulación expresa, los Estados miembros deben interpretar su legislación de acuerdo a lo dispuesto a la normativa emitida por la EU.

CAPÍTULO III: LA OBTENCIÓN DE LA PRUEBA TRANSFRONTERIZA A TRAVÉS DE LOS EQUIPOS CONJUNTOS DE INVESTIGACIÓN EN LA EU

En el primero de los capítulos de este trabajo, se estableció el objetivo principal que debíamos alcanzar para estar en disposición de evaluar la hipótesis planteada. Este objetivo principal se estructuró en otros cuatro sub-objetivos u objetivos concretos. En el Capítulo III abordaremos el segundo de estos objetivos concretos, consistente en identificar los problemas surgidos del empleo de los JIT para la compartición de la prueba transfronteriza en el seno de la EU y analizar estos problemas, y las circunstancias que rodean a su funcionamiento, para obtener conclusiones coherentes que nos lleven a contribuir en su mejora, a través de la formulación de propuestas legislativas o de otra índole.

Para alcanzar los fines mencionados en el párrafo anterior, resulta indispensable afrontar una herramienta de cooperación penal de gran utilidad y uso, como son los JIT. Es importante dar una visión clara sobre su utilidad en la obtención de la prueba transfronteriza y determinar hasta qué punto los resultados de la investigación que se obtienen a través de un JIT presentan o no ciertas garantías de eficacia en el posterior proceso judicial. Además considerando que, a pesar de la entrada en vigor de la EIO, la normativa que da sustento a los JIT seguirá vigente a medio y largo plazo, resulta esencial detectar sus áreas de mejora y tratar de efectuar propuestas de reformas legislativas que los optimicen, lo que engarza de pleno con los objetivos y la evaluación de la hipótesis planteada.

Para este análisis, el Capítulo III se estructura en una serie de apartados que persiguen examinar su funcionamiento y explorar sus posibles disfunciones. De este modo, tras la explicación de la importancia de esta herramienta, se detalla su concepto y regulación. Seguidamente, se analiza su funcionamiento y la estructura que suelen adoptar. Una vez descritos pormenorizadamente, se examinará el valor probatorio de los indicios que hayan podido obtenerse a través de la constitución de un JIT. Por último, antes de finalizar con las recapitulaciones obtenidas, trataremos de ofrecer una visión de la valoración de la eficacia de los JIT a través de quienes los emplean como instrumento de investigación de manera asidua.

I. JUSTIFICACIÓN DEL CAPÍTULO

Como parte de la metodología aplicada en este trabajo y circunscrito a la obtención de la prueba transnacional en el ámbito de la EU, en los capítulos anteriores se ha definido el estado de la cuestión, en base al cual se ha planteado una hipótesis y se han identificado unos problemas inherentes a dicha cuestión.

Una vez identificados los problemas, se ha marcado un objetivo principal consistente en efectuar propuestas legislativas, o de otra índole, que contribuyan a mejorar la eficacia de los instrumentos de compartición de prueba, así como proponer reformas de la normativa existente que conduzcan al mismo fin.

Este objetivo principal se ha estructurado en cuatro objetivos concretos o sub-objetivos, el primero de los cuales se abordó en el capítulo anterior. El objetivo concreto del Capítulo III consiste en identificar y analizar, con un enfoque crítico, los problemas que el funcionamiento de los JIT plantea en la actualidad. Y, ello, con el fin de contribuir a que se continúe avanzando en dicha herramienta hasta convertirla en un instrumento de utilidad en la compartición de los medios de prueba transfronterizos. Con este estudio, se podrá estar en disposición de obtener conclusiones que nos permitan evaluar la hipótesis y nos ayuden a formular propuestas para contribuir a mejorar la eficacia procesal de la prueba obtenida por un JIT.

Para alcanzar los objetivos del trabajo se definió una metodología compuesta de dos pasos. El segundo de estos pasos, tal y como se definieron en el Capítulo I, se basa en el estudio de las herramientas vigentes para la obtención y compartición de pruebas transfronterizas en le EU, con el fin de alcanzar un conocimiento en profundidad de la realidad de su aplicación, con sus fortalezas y debilidades. Es precisamente en este paso en el que se enmarca el presente capítulo y los dos siguientes de este trabajo.

Entre los mecanismos que van a ser objeto de estudio, los JIT constituyen el primero de los instrumentos de cooperación que va a exponerse en este trabajo. Entre las herramientas de cooperación vigentes, los JIT suponen uno de los que tiene más recorrido y, además, uno de los más empleados en la actualidad como tendrá oportunidad de comprobarse a lo largo del capítulo. Por este motivo, su análisis resulta de gran importancia para la consecución del objetivo principal establecido.

Además de la extensión de su uso, alcanzar el objetivo concreto que se exponía con anterioridad adquiere mayor importancia para una figura como los JIT que, como se expondrá más adelante, se encuentra en un terreno híbrido entre el ámbito policial y el judicial, y que dota de unos importantes márgenes de maniobrabilidad a las operaciones transnacionales contra el crimen organizado.

Por otra parte, como se expondrá en los sucesivos apartados del capítulo, el empleo de los JIT no está exento de dificultades. Entre ellos destaca la aplicación de las normas procesales nacionales o foráneas, según el Estado en que se lleve a cabo el acto de investigación y que puede condicionar la admisibilidad de las pruebas obtenidas. Esta cuestión, como la mayoría de las que conciernen al desempeño del JIT, depende en buena medida del acuerdo entre los componentes del mismo. Precisamente en esta dependencia de alcanzar un consenso entre las partes, para casi cualquier cuestión que afecte a su actividad, recae otro de los inconvenientes de este tipo de instrumento de cooperación que se expondrán más adelante.

El análisis que debe conducir a estos objetivos se desarrolla, en este capítulo, siguiendo una secuencia progresiva y siempre desde un punto de vista crítico que contribuya a aportar posibles soluciones a las disfunciones que pudieran detectarse.

En primer lugar se expondrá el concepto de JIT y la normativa que les sirve de sustento, para discernir el posible valor añadido que pueden aportar a la investigación transnacional. Resulta evidente, al hilo de la exposición de la metodología, que no correspondería al rigor del trabajo plantear propuestas legislativas, ni de otra naturaleza, sin analizar previamente la normativa que existe en la actualidad para sustentar la creación de un JIT.

Una vez identificado y analizado su sustento normativo, a continuación se examinarán las líneas generales que caracterizan la estructura y el funcionamiento de los JIT. Con la finalidad de profundizar en este examen, se pormenorizarán los fundamentos que rodean a la constitución de los JIT y su composición.

Como continuación a este análisis, en el caso de los JIT resulta de particular interés detenerse en el papel que tienen, en su funcionamiento, las agencias europeas como EUROJUST o EUROPOL. En este sentido, resulta de especial importancia el soporte que proveen estos organismos europeos y que resulta fundamental para el éxito final de los JIT constituidos en el ámbito de la EU.

Una vez conocidas en profundidad las circunstancias que rodean a los JIT, como factor determinante de su utilidad y alineado con los objetivos de este trabajo, se realizará un estudio de la eficacia de los medios de prueba obtenidos a través del trabajo llevado a cabo por los JIT. Este estudio estará orientado en todo momento por un punto de vista crítico, que nos ayude a detectar las posibles áreas de mejora en la eficacia procesal de los resultados probatorios de un JIT.

A continuación, se llevará a cabo la valoración de la eficacia judicial y policial de la actividad de estos equipos, en la que se tendrán en cuenta las aportaciones de quienes utilizan los JIT como herramienta frecuente en sus investigaciones penales transnacionales.

Por último, para finalizar y como paso previo a las propuestas que se formularán en el Capítulo VI, expondremos las recapitulaciones que aglutinan el fruto de los apartados que componen el capítulo.

II. CONCEPTO Y REGULACIÓN

Con el fin de analizar adecuadamente los problemas que los JIT y su funcionamiento plantean, es preciso comenzar con la formulación de su concepto y la exposición de su regulación. Por ello, en este apartado nos acercaremos a la definición concreta de lo que constituye un JIT y las necesidades que inspiraron su creación y desarrollo. Ello implicará la exposición de las razones que hacen que los JIT aporten un valor añadido a las investigaciones transnacionales porque dicho valor ha de entenderse incluido en el concepto. Finalmente, se realizará una exposición detallada del variado sustento normativo que habilita a crear un Equipo de estas características.

En términos generales, podemos definir un Equipo Conjunto de Investigación (JIT) como una asociación, por un tiempo limitado, de uno o más representantes de las autoridades competentes de varios Estados¹⁶², a través de la cual se lleva a cabo una

¹⁶² Cuando en nuestra definición dejamos abierta la posibilidad a más de un representante por Estado participante, nos referimos a aquellos casos en los que formen parte de un mismo JIT miembros de la

investigación criminal contra un investigado o una organización susceptible de dedicarse a actividades delictivas.

Entrando a analizar los motivos que llevaron a desarrollar el concepto de los JIT, puede afirmarse que su razón de ser no es otra que la de agilizar y mejorar los mecanismos de cooperación policial y judicial en materia penal entre los Estados miembros de la EU, al tiempo que aumentan la sensación de confianza mutua entre actores policiales y judiciales intervinientes.

En cuanto al valor añadido que aportan para llevar a cabo investigaciones transnacionales, los JIT suponen un salto cualitativo respecto a las medidas tradicionales de asistencia judicial basadas en la MA. Con ellos se parte de la situación tradicional, en la que es un único Estado el que tiene interés en la investigación y depende de la buena voluntad de otro para llevarla a cabo, a otra muy diferente en la que son varios los países que comparten un interés común en que la investigación llegue a buen término¹⁶³. Puede afirmarse, en este sentido, que ambos Estados se “solidarizan” en las labores de investigación.

Asimilada la idea general de la concepción de los JIT, resulta importante conocer su sustento normativo. Aunque debido al objeto de estudio de este trabajo nos centraremos en los JIT constituidos al amparo de la EU, en ningún caso se trata de una figura exclusiva del entorno europeo¹⁶⁴. Existe abundante normativa, en forma de convenios o de acuerdos bilaterales, que habilitan la formación de un JIT fuera del entorno comunitario. A modo de ejemplo, entre otros, España tiene suscrito un

carrera judicial y del ámbito policial pertenecientes al mismo país, o cuando en un mismo Estado existiese más de un cuerpo policial que tuviese representación en el mismo.

¹⁶³ Zaharieva, R. “The European Investigation Order and the Joint Investigation Team-which road to take”, *Academy of European Law*, nº 37, 2017.

¹⁶⁴ Ni siquiera puede decirse que los JIT sean una herramienta exclusiva de la cooperación multinacional. En Alemania, donde el sistema judicial está considerablemente federalizado, se vienen constituyendo JIT entre las fuerzas policiales de los diferentes Länder desde 1970. Tal y como recoge Block, L. “EU Joint Investigation Teams: Political Ambitions and Police Practices”, ed. S. Bronitt, 2011, Routledge.

convenio bilateral con Colombia que le permite la constitución de JIT con el referido país sudamericano¹⁶⁵.

Por otra parte, desde la multilateralidad, el Convenio de Naciones Unidas contra la delincuencia Organizada Transnacional¹⁶⁶ o el ECMACM 1959, este último ya tratado en este trabajo, son algunos de los instrumentos que también posibilitan la creación de un JIT fuera de la EU.

No obstante, a pesar de no ser un instrumento exclusivo de la EU, es en el ámbito europeo donde los JIT han alcanzado un mayor grado de desarrollo y en el que se constituyen con mayor frecuencia y eficacia.

La existencia de los JIT en el seno de la EU ya estaba prevista desde la modificación del Tratado de la Unión Europea en Ámsterdam en 1997. Así, en los artículos 30 y 31¹⁶⁷, dentro del Título VI, se establecían las líneas generales de lo que sería su posterior creación y desarrollo.

¹⁶⁵ Protocolo adicional al Convenio de Cooperación Judicial en materia penal entre el Reino de España y la República de Colombia, hecho en Madrid el 12 de julio de 2005. BOE 149, de 19 de junio de 2010.

¹⁶⁶ Hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000.

¹⁶⁷ *Artículo K.2 (Artículo 30)*

1. La acción en común en el ámbito de la cooperación policial incluirá:
 - a) la cooperación operativa entre las autoridades competentes, incluidos los servicios de policía, de aduanas y otros servicios especializados de los Estados miembros con funciones coercitivas, en relación con la prevención, localización e investigación de hechos delictivos;
 - b) la recogida, almacenamiento, tratamiento, análisis e intercambio de información pertinente, en particular mediante EUROPOL, incluida la correspondiente a informes sobre operaciones financieras sospechosas que obre en poder de servicios con funciones coercitivas, con sujeción a las disposiciones correspondientes en materia de protección de datos personales;
 - c) la cooperación e iniciativas conjuntas en la formación, el intercambio de funcionarios de enlace, las comisiones de servicio, el uso de equipos y la investigación científica policial;
 - d) la evaluación común de técnicas especiales de investigación relacionadas con la detección de formas graves de delincuencia organizada.
2. El Consejo fomentará la cooperación mediante EUROPOL y, en particular, en un plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam:
 - a) capacitará a EUROPOL para que facilite y apoye la preparación y estimule la coordinación y ejecución de acciones específicas de investigación por las autoridades competentes de los Estados miembros, incluidas las actividades operativas de equipos conjuntos que incluyan representantes de EUROPOL en calidad de apoyo;
 - b) adoptará medidas que permitan a EUROPOL solicitar a las autoridades competentes de los Estados miembros la realización y la coordinación de sus investigaciones en casos concretos, así como desarrollar conocimientos especializados que puedan ponerse a disposición de los Estados miembros para ayudar a éstos en la investigación de casos de delincuencia organizada;
 - c) fomentará acuerdos de enlace entre las autoridades encargadas de la acusación y la investigación especializadas en la lucha contra la delincuencia organizada, en estrecha cooperación con EUROPOL;

Su regulación básica se estableció en los artículos 13, 15 y 16 del ECMACM 2000¹⁶⁸. No obstante, el retraso por parte de los Estados miembros en la ratificación del ECMACM 2000¹⁶⁹, unido a la urgencia por poner en práctica medidas efectivas de cooperación fueron determinantes para la adopción de la Decisión Marco del Consejo de la EU, de 13 de junio de 2002, sobre Equipos Conjuntos de Investigación (en lo sucesivo, FDJIT)¹⁷⁰.

Dicha Decisión Marco, que no hace sino transcribir el contenido del ECMACM 2000 en lo referente a los JIT¹⁷¹, nació a iniciativa conjunta de los Estados de Bélgica, España¹⁷², Francia y Reino Unido; con la finalidad de propiciar que los distintos Estados adaptaran sus respectivas legislaciones para permitir una puesta en funcionamiento anticipada de los JIT en la EU. No obstante, la citada FDJIT tiene una validez puramente

d) creará una red de investigación, documentación y estadística sobre delincuencia transfronteriza.
Artículo K.3(Artículo 31)

La acción en común sobre cooperación judicial en materia penal incluirá:

a) la facilitación y aceleración de la cooperación entre los ministerios y las autoridades judiciales o equivalentes competentes de los Estados miembros en relación con las causas y la ejecución de resoluciones;

b) la facilitación de la extradición entre Estados miembros;

c) la consecución de la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros, en la medida necesaria para mejorar dicha cooperación;

d) la prevención de conflictos de jurisdicción entre los Estados miembros;

e) la adopción progresiva de medidas que establezcan normas mínimas relativas a los elementos constitutivos de los delitos y a las penas en los ámbitos de la delincuencia organizada, el terrorismo y el tráfico ilícito de drogas.

¹⁶⁸ La normativa del Convenio de 2000 que regula los JIT está directamente inspirada en el “*Convenio relativo a la asistencia mutua y la cooperación entre administraciones aduaneras de los Estados miembros de la EU*”, hecho en Bruselas el 28 de diciembre de 1997.

¹⁶⁹ En las fechas de redacción de este trabajo todavía no han ratificado el citado Convenio: Irlanda, Grecia ni Croacia. El último Estado miembro en hacerlo ha sido Italia, donde entró en vigor el 22 de febrero de 2018.

¹⁷⁰ Como Decisión Marco, obliga a los Estados miembros en el resultado, y no en los medios para alcanzarlos. Ello ha provocado que los Estados miembros hayan dictado normas de transposición algo dispares. En este sentido, en once de los 28 Estados miembros no consta que se haya elaborado normativa interna de transposición. En este texto nos basaremos en el desarrollo legal que España ha hecho de la FDJIT.

¹⁷¹ Aunque, efectivamente, la FDJIT transcribe casi literalmente lo dispuesto en el Convenio, la dicotomía que provocan ambas normas no está exenta de problemas. La FD precisa de una transposición a los ordenamientos nacionales que puede variar sensiblemente en función del país, mientras que el Convenio es de aplicación directa y común para todos los Estados que lo han ratificado. Bakker, E.; Powderly, J., exponen, en su artículo “*Dealing with transnational terrorism, the concept and practice of Joint Investigation Teams*”, *Security and Human Rights*, nº1, 2011, un caso en que fue imposible constituir un JIT entre Holanda y Gran Bretaña, debido a que la situación no habilitaba a la creación del Equipo de acuerdo con la legislación de transposición británica de la FDJIT. Sí era posible, sin embargo, para Holanda que no había transpuesto la FDJIT y aplicaba directamente el Convenio.

¹⁷² El 1 de enero de dicho año, España había asumido la presidencia del Consejo.

transitoria hasta que el ECMACM 2000 entre en vigor en todos los Estados miembros¹⁷³.

A modo de resumen, con el ánimo de simplificar la diversidad normativa expuesta, puede afirmarse que existe base legal para constituir un JIT entre cualesquiera que sean los Estados de la EU de que se trate. Es decir, para un caso concreto, si todos los Estados llamados a cooperar han ratificado el ECMACM 2000, será éste el que se aplique. Cuando esta premisa no se cumpla, deberá seguirse lo dispuesto en la FDJIT. En cualquier caso, las referencias legales internacionales utilizadas en este capítulo apuntarán generalmente a lo dispuesto en el Convenio.

En transposición de la FDJIT, en España se aprobó la Ley 11/2003, de 21 de Mayo, reguladora de los Equipos Conjuntos de Investigación penal en el ámbito de la Unión Europea, (en adelante, JITL) que viene a regular la formación de los JIT en nuestro país.

La Ley 11/2003, de 21 de Mayo, se complementa con la Ley Orgánica 3/2003, de 21 de mayo, por la que se establece el régimen de responsabilidad penal de los miembros destinados en los JIT cuando actúen en España, que detalla en su artículo único.

Volveremos a esta normativa de transposición a lo largo de este capítulo, cuando se trate de mostrar la aplicación de lo dispuesto en la FDJIT (o en el ECMACM 2000) a los casos en los que España sea el Estado requerido. En este aspecto, cabe destacar que la transposición de la FDJIT a los diferentes ordenamientos nacionales no ha sido todo lo uniforme que hubiera sido deseable¹⁷⁴.

A modo de ejemplo entre las diferentes legislaciones nacionales, existen serias diferencias entre los requisitos que deben darse para la creación de un JIT. Estas variaciones divergen, entre otros aspectos, en la necesidad o no de que existan

¹⁷³ En la fecha de realización de este trabajo, únicamente Italia no había ratificado dicho Convenio ni transpuesto la FD.

¹⁷⁴ Comisión Europea. *Informe de la Comisión Sobre la transposición legal de la Decisión marco del Consejo de 13 de junio de 2002 sobre equipos conjuntos de investigación, 2005, puede consultarse en:* <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52004DC0858>

investigaciones previas, en la exigencia o no del requisito de la doble incriminación, en la existencia de umbrales de gravedad de los delitos perseguidos, o en que sea necesaria o no la emisión de una comisión rogatoria que solicite el inicio de la actividad del JIT¹⁷⁵.

Las diferencias aludidas en la transposición de la FDJIT en los diferentes Estados son señaladas por varios autores como una de las principales debilidades en la constitución de los JIT en el ámbito de la EU¹⁷⁶.

III. ANÁLISIS DE LA NATURALEZA Y ESTRUCTURA DE LOS JIT

Una vez expuestos el concepto que inspiró el desarrollo de los JIT y el sustento normativo que habilita su creación, en este apartado se realizará una aproximación a la naturaleza y estructura de los JIT, con la finalidad de asentar el conocimiento suficiente de los mismos que permita alcanzar los objetivos de este trabajo y realizar propuestas que mejoren la eficacia de las pruebas que puedan obtenerse a través de éstos.

Comenzaremos dicha aproximación exponiendo las características que ayudan a comprender los mecanismos en los que se basa un JIT para llevar a cabo las funciones propias de la investigación transnacional.

En segundo lugar, se concretarán las circunstancias que deben darse para la constitución de un JIT y el modo en que ha de formalizarse dicha creación.

Una vez expuestas las posibilidades y el modo de creación, se analizarán la composición y el funcionamiento de los Equipos, para finalizar este apartado con el estudio del papel que juegan algunas agencias europeas, como EUROJUST y EUROPOL, en su funcionamiento.

¹⁷⁵ Secretaría del Consejo de la EU, *Conclusions of the 9th Annual meeting of the National Experts on Joint Investigation Teams*, 2013, puede consultarse en: <http://www.eurojust.europa.eu/doclibrary/JITs/JITs%20meetings/Conclusions%20of%20the%209th%20Meeting%20of%20National%20Experts%20on%20Joint%20Investigation%20Teams/7259-2014-03-04-EN.pdf>

¹⁷⁶ Entre otros autores, Spapens, T., “Joint Investigation Teams in the European Union: Article 13 JIT and the Alternatives”, *European Journal of Crime*, nº 19, 2011.

Para comprender la naturaleza y estructura de los JIT, es importante resaltar que entre las medidas de cooperación en materia penal tratadas en este trabajo, los JIT son los únicos que no tienen al MR como piedra angular. No obstante, su análisis es de una importancia fundamental, dado que la aprobación de la EIO deroga toda forma anterior de cooperación en el ámbito de la obtención de medios de prueba penal en el seno de la EU, salvo aquellas disposiciones del ECMACM 2000 que dan sustento a los JIT.

El funcionamiento de los JIT está marcado, entre otros aspectos, por la situación de “investigación solidaria” a la que se aludía en el apartado anterior. Es decir, ya no se trata de un Estado que solicita un auxilio a otro, sino de dos o más países que llevan a cabo una investigación que les concierne en términos similares.

Además de esta nueva situación, existen otras particularidades que diferencian a los JIT de otras medidas tradicionales de cooperación. A grandes rasgos, hay dos conceptos de partida que caracterizan la constitución de este tipo de Equipos. Por un lado la “autonomía de voluntad”, es decir, la primacía de lo pactado entre los Estados que crean el JIT sobre las normas que ya consten en acuerdos de índole general, siempre y cuando no las contravengan¹⁷⁷. Parece lógico en este sentido que, dadas las peculiaridades legislativas de cada Estado y las diferentes necesidades que se puedan presentar en cada investigación, se dé prevalencia a los pactos *ad hoc* de establecimiento de cada JIT respecto a lo dispuesto en normas de carácter general.

El segundo de estos conceptos básicos es el principio de máximo respeto a la soberanía nacional del Estado en cuyo territorio se van a desarrollar las actividades del JIT, materializado en la sumisión de toda actividad a su legislación y en el control que sobre el Equipo ejercen los miembros del JIT que representan a dicho país¹⁷⁸. En todo

¹⁷⁷ Vallines García, E., “Los Equipos Conjuntos de Investigación en la EU”, en Armenta Deu, T. (Coord.), *El derecho procesal penal en la Unión Europea. Tendencias actuales y perspectivas de futuro*, ed. Cóllex, 2006, p. 304.

¹⁷⁸ Debe recordarse que al margen del ECMACM y de la FDJIT, fuera del ámbito de la EU varios Tratados Internacionales que contemplan la creación de los JIT bajo la condición de que “la soberanía del Estado Parte en cuyo territorio haya de efectuarse la investigación sea plenamente respetada”. En

caso, por tanto, el Equipo constituido actuará de conformidad con la legislación del Estado en cuyo territorio se desarrolle, en ese momento, la actividad investigadora. En este sentido, la posibilidad de actuar en varios Estados es la razón de ser de los JIT, por lo que la legislación aplicable también cambiará en función del territorio donde se desarrolle la actuación en cada momento.

Como ya se ha apuntado en el segundo capítulo de este trabajo, las dos características anteriores es decir, la autonomía de voluntad y el respeto a la soberanía nacional, son definitorios de los instrumentos de cooperación basados en la MA. En las herramientas que se analizarán más adelante, basadas en el MR, se comprobará como estos principios de respeto a las legislaciones nacionales, así como de soberanía y negociación, van a atenuarse.

Una vez expuestas algunas de las claves que pueden ayudar a comprender la naturaleza de los JIT, procederemos a detallar otros aspectos con repercusión en el modo en que los Equipos llevan a cabo investigaciones transfronterizas.

1. Constitución del JIT

Como continuación a la exposición de las características generales que definen a los JIT conviene, en primer lugar, definir los requisitos que deben darse para su constitución. En el ECMACM 2000, se establece que debe existir la necesidad de llevar a cabo “investigaciones penales” en las que participen dos o más Estados miembros de la EU, es decir, que exista la necesidad de una investigación conjunta sobre unos hechos susceptibles de constituir delito.

particular: Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecha en Nueva York el 15 de noviembre del 2000; Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988; Convenio relativo a la asistencia mutua y la cooperación entre las administraciones aduaneras (Convenio de Nápoles II), de 18 de diciembre de 1997; y Convenio sobre Cooperación Policial en la Europa Sudoriental, de 5 de mayo de 2006; Acuerdo de asistencia judicial entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América.

Tanto en el articulado del citado Convenio como en el de la JITL¹⁷⁹ se establece que la constitución de un JIT estará justificada:

- a. Cuando la investigación de infracciones penales en un Estado miembro requiera investigaciones difíciles que impliquen la movilización de medios considerables y que afecten también a otros Estados miembros.
- b. Cuando varios Estados miembros realicen investigaciones sobre infracciones penales que, debido a las circunstancias del caso, requieran una actuación coordinada y concertada de los Estados miembros afectados.

Por otra parte, de acuerdo con lo establecido en el Convenio, los JIT constituidos deben estar referidos a un fin determinado y para un periodo temporal delimitado, en concreto, el tiempo que sea previsible que dure la actividad de investigación conjunta.

Respecto al primero de los rasgos, queda patente que no se establece una lista cerrada de delitos a cuya investigación estén limitados los JIT. En el apartado a) se apunta a "investigaciones difíciles", lo que únicamente denota lo complicado de la investigación, no necesariamente la gravedad del delito. Además, en el segundo apartado del artículo 13.1 del ECMACM 2000 se alude, como único requisito, a que la investigación de las infracciones penales requiera una actuación coordinada y concertada de varios Estados miembros.

Únicamente en los considerandos previos al articulado de la FDJIT puede encontrarse una alusión a la aplicación preferente de los JIT para casos de criminalidad grave, como son el tráfico de drogas, el tráfico de seres humanos y el terrorismo.

En definitiva debe entenderse que, aunque su aplicación sea preferente para estas tipologías delictivas, el ámbito de investigación de los JIT no está limitado a actividades delictivas de una determinada gravedad, sino que son un instrumento válido para la

¹⁷⁹ Arts. 13.1.I del ECMACM 2000, y Art.2.a) de la JITL, en relación con el art. 1.1. FDJIT

obtención de medios de prueba de cualquier infracción penal que tenga implicaciones transfronterizas¹⁸⁰.

Precisamente en referencia a las "implicaciones transfronterizas", algunos autores establecen una sistematización que bien puede ayudar a concretar cuándo se produce esta afectación internacional¹⁸¹:

- a. Los casos en los que se prevea que la organización delictiva trasladará su actividad, o el resultado de la misma, a otro Estado miembro.
- b. Cuando los integrantes de la organización sean nacionales de otro Estado miembro.
- c. Cuando la prueba que se pretende recabar para el proceso penal se encuentre en otro Estado y, por tanto, sea previsible que deberá acudir a multitud de comisiones rogatorias para culminar la fase de investigación.
- d. Cuando varios Estados estén desarrollando simultáneamente una investigación penal, resultando imprescindible la coordinación entre sus autoridades para una mayor eficacia de los procesos penales que se encuentran en curso en todos los Estados implicados.

También en relación con la afectación multinacional, el artículo 13.1 del ECMACM 2000 deja claro que la finalidad de los JIT es "*llevar a cabo investigaciones en uno o más de los Estados que hayan creado el Equipo*". Se deducen dos aspectos de este literal.

Por un lado, que puede haber Estados miembros de un JIT en cuyo territorio no se lleven a cabo actividades de investigación, pero que formen parte del mismo.

¹⁸⁰ El 24,3% de los JIT que se constituyeron en la EU durante 2017 tenían como objetivo investigar delitos de blanqueo de capital, y el 22,9% se crearon contra el tráfico de drogas, siendo las dos tipologías más frecuentes.

¹⁸¹ Rodríguez-Medel Nieto, C., *Obtención y admisibilidad en España de la prueba penal transfronteriza. De las comisiones rogatorias a la orden europea de investigación*, ed. Universidad Complutense de Madrid, 2017, p. 114.

Por otro lado, la segunda lectura de dicho artículo deja claro que los medios de prueba obtenidos pueden utilizarse simultáneamente en procedimientos penales en los diferentes países que compongan cada JIT, siempre con el respeto al principio de *ne bis in ídem* recogido en el artículo 50 de la ChFREU.

En lo referente a la delimitación temporal y sustantiva de los JIT, es decir, la necesidad de un fin determinado y por un periodo limitado, estas supuestas limitaciones albergan posibilidades más amplias de las que en principio pudieran deducirse. En esta línea, como mencionan algunos autores, nada impide que estos términos puedan ser superados por acuerdos "más favorables" establecidos particularmente entre los Estados componentes de un JIT determinado¹⁸².

Además, el "fin determinado" no debe entenderse como la investigación de un caso concreto, sino que bien puede albergar la investigación genérica de una tipología delictiva concreta. Tal sería el caso del JIT constituido entre España y Francia para la investigación de la actividad de la banda terrorista ETA y que se mantuvo vigente durante años¹⁸³. En cuanto a la interpretación temporal, nada impide reflejar mecanismos de renovación de los plazos iniciales de duración en los acuerdos de creación de un JIT.

A este respecto y tomando como referencia la normativa de transposición española, el artículo 9 de la JITL contempla dos posibilidades de ampliación de estos plazos. Por un lado, el límite temporal de actuación podrá sobrepasarse para investigar nuevos hechos delictivos que aparezcan a raíz de la investigación de los originarios y que estén directamente relacionados con éstos y, en el segundo de los casos, para ampliar los plazos inicialmente fijados y que hayan resultado insuficientes. Es importante señalar que, en ambos supuestos, es necesario el consentimiento de todos los miembros de los diferentes Estados que constituyeron el JIT.

¹⁸² Vallines García, E., "Los Equipos Conjuntos...", *op cit.*, p.302.

¹⁸³ En concreto, dicho JIT se constituyó a través del acuerdo hispano francés firmado, el 6 noviembre de 2003, en el marco de la cumbre bilateral de Carcassone (Francia).

En cualquier caso, para algunos autores, esta delimitación de los fines y plazos temporales tiene la finalidad de incentivar la actividad y racionalizar la actividad del JIT, ya que aquellos que tienen carácter permanente y con fines genéricos pueden caer en la ambigüedad y la inacción¹⁸⁴.

Además de la existencia de los supuestos establecidos en el artículo 13.1, apartados a) y b), como se ha adelantado, la constitución de un JIT ha de venir precedida del establecimiento de un acuerdo entre dos o más Estados miembros. De los preceptos que se plasmen en ese acuerdo depende, en buena medida, la eficacia de la obtención de los medios de prueba que lleve a cabo el JIT y la posterior admisibilidad de los mismos¹⁸⁵.

Esta voluntad de creación de un JIT, plasmada en el acuerdo de constitución, debe venir precedida del pronunciamiento de la autoridad nacional con potestad para ello, tal y como determina el artículo 13.1 del ECMACM 2000. A este respecto, la JITL atribuye el papel de autoridad española competente a¹⁸⁶:

- a. La Audiencia Nacional, cuando la investigación recaiga sobre los delitos cuyo enjuiciamiento corresponda a dicho órgano jurisdiccional y participen en el JIT miembros de las carreras judicial o fiscal.
- b. El Ministerio de Justicia, cuando la investigación recaiga sobre los delitos para cuyo enjuiciamiento no resulte competente la Audiencia Nacional y participen en el JIT miembros de las carreras judicial o fiscal.
- c. El Ministerio del Interior, a través de la Secretaría de Estado de Seguridad, en todos los supuestos en que no participen en el JIT miembros de las carreras judicial o fiscal.

¹⁸⁴ Vallines García, E., “Los Equipos Conjuntos...”, *op. cit.*, p. 304.

¹⁸⁵ EUROJUST pone a disposición de las partes interesadas, un modelo de acuerdo de constitución que cubre todos los aspectos necesarios, y que se nutre de la experiencia acumulada en la asistencia a estos Equipos. El modelo está aprobado por resolución del Consejo de la EU y puede consultarse en: <http://www.eurojust.europa.eu/doclibrary/JIT/JIT%20framework/Model%20Agreement%20for%20setting%20up%20a%20Joint%20Investigation%20Team/JIT-2017-MODEL-EN.pdf>

¹⁸⁶ Artículo 3 de la Ley 11/2003, de 21 de mayo, reguladora de los equipos conjuntos de investigación penal en el ámbito de la Unión Europea.

Este elenco de autoridades que recoge la JITL, pone de manifiesto otra de las características de la cooperación basada en la MA, como es la intervención de autoridades administrativas, en este caso el Ministerio de Justicia o el de Interior, que pueden estar sujetas a condicionantes ajenos a los de la cooperación estrictamente judicial.

En este sentido, el ejecutivo decide si una autoridad judicial ha de llevar a cabo o no una diligencia de investigación como es la constitución de un JIT, porque su creación depende del visto bueno de una autoridad central de carácter administrativo. En opinión de algunos autores, las legislaciones nacionales no deberían contemplar la necesidad de recabar autorización gubernamental para constituir un JIT penal, como tampoco requieren ningún tipo de autorización para llevar a cabo el resto de técnicas de investigación¹⁸⁷. Al hilo de esta corriente doctrinal, estamos de acuerdo en que dejar a la autoridad administrativa la decisión sobre la constitución o no de un JIT, supone una injerencia indirecta en las competencias del poder judicial que resulta fundamental evitar.

Además de esta intromisión del poder administrativo, la adopción del acuerdo de constitución está sometida, como se mencionaba con anterioridad, a la discrecionalidad y a la voluntad de las partes. Así, como muestra de este amplio margen de posibilidades, la redacción del ECMACM 2000 permite un amplio abanico que abarca desde que el jefe del JIT pueda negar a los agentes de otros países estar presentes mientras se llevan a cabo las medidas de investigación¹⁸⁸, hasta el extremo contrario de esta discrecionalidad, en la que se puede otorgar la máxima confianza entre Estados, cuando se habilita a los funcionarios a que desempeñen sus funciones en el territorio de otro país en el que pueden, incluso, llevar a cabo medidas de investigación por sí mismos siempre bajo las instrucciones del jefe del JIT¹⁸⁹. Un caso,

¹⁸⁷ Rodríguez-Medel Nieto, C., *Obtención y admisibilidad...*, *op. cit.*, p. 119.

¹⁸⁸ Artículo 13.5 del ECMACM 2000: “Las personas destinadas al equipo conjunto de investigación tendrán derecho a estar presentes cuando se tomen medidas de investigación en el Estado miembro de actuación. No obstante, por razones específicas y con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que actúe el equipo, el jefe del equipo podrá decidir lo contrario”.

¹⁸⁹ Artículo 13.6 del ECMACM 2000: “De conformidad con la legislación del Estado miembro en el que actúe el equipo conjunto de investigación, el jefe del equipo podrá encomendar a las personas destinadas a él la ejecución de determinadas medidas de investigación, cuando así lo aprueben las

este último, en el que se produce una generosa cesión de soberanía por parte del Estado anfitrión.

Dado que existe este amplio abanico de posibilidades, es importante resaltar que el momento de confección del acuerdo entre las partes constituyentes resulta un momento especialmente sensible para el funcionamiento posterior del JIT, con incidencia directa en la agilidad que tendrá el equipo en la obtención eficaz de los medios de prueba. Aunque se volverá sobre este punto más adelante, a mayores prerrogativas en la actuación de los miembros del JIT que actúen en territorio extranjero (denominados miembros destinados) y cuanto más amplia sea la definición del objeto de su creación, más altas serán las posibilidades de eficacia procesal de los frutos obtenidos por el JIT en cuestión.

El acuerdo de constitución del JIT tendrá lugar, normalmente, en el Estado en que se espera que la actividad de investigación vaya a ser más intensa. Aunque la redacción del artículo 13 del Convenio establece que se creará un grupo de investigadores en estrecha proximidad al caso, no quiere decir que la presencia física de los miembros extranjeros sobre el terreno del país en que se lleva a cabo la investigación sea siempre indispensable. De hecho, un JIT puede estar compuesto por miembros de diferentes países sin que ninguno de ellos actúe fuera de su territorio nacional¹⁹⁰. En el ámbito policial, a este tipo de JIT en el que no se produce desplazamiento alguno de sus componentes, se le denomina “*JIT light*”.

En cuanto al número de componentes, no existe límite alguno en cuanto a la cifra de países participantes en un JIT si bien, atendiendo a la experiencia de los expertos nacionales¹⁹¹, los mayores éxitos se obtienen en equipos bilaterales. Para aquellos

autoridades competentes del Estado miembro en que se actúe y del Estado miembro que haya enviado a dichas personas”.

¹⁹⁰ Secretaría del Consejo de la EU, *Manual de los Equipos Conjuntos de Investigación*, 2011, puede consultarse en:

<http://www.eurojust.europa.eu/doclibrary/JITs/JITs%20framework/JITs%20Practical%20Guide/JIT-GUIDE-2017-ES.pdf>

¹⁹¹ Secretaría del Consejo de la EU, *Conclusions of the third meeting of National Experts on Joint Investigation Teams*, 2007, puede consultarse en:

casos en los que se prevea la necesidad de la implicación en diferente grado de varios Estados, se estima más adecuado establecer un JIT que constituya el núcleo central de la instrucción y recurrir a otras medidas de cooperación para las necesidades que hayan de requerirse a aquellos países cuya participación se prevea minoritaria. Sobre este último tema se volverá más adelante en este capítulo.

2. Composición y funcionamiento de los JIT

Una vez iniciados en los fundamentos de la constitución de los JIT, pasaremos a analizar la composición de los mismos desde un punto de vista cualitativo, así como el modo en que desarrollan sus funciones.

La naturaleza de los componentes de los JIT será de ámbito policial, judicial o fiscal, como se adelantaba al comienzo del capítulo. Dentro del JIT, las autoridades responsables de cada Estado en el que se espera que se lleven a cabo actos de investigación, habrán de designar uno o varios Jefes en función de lo recogido en las diferentes legislaciones nacionales¹⁹².

Aunque ni la legislación española ni la internacional obligan a ello, la experiencia ha demostrado la conveniencia de que la jefatura del JIT la ejerza un miembro de la magistratura¹⁹³. En cualquier caso, dadas las funciones que el artículo 13.3.a) del ECMACM 2000 atribuye al Jefe del Equipo resulta indispensable que, tratándose de la instrucción penal, ostenten dicha jefatura quienes estén encargados de dirigir una investigación de estas características en su país¹⁹⁴.

<http://www.eurojust.europa.eu/doclibrary/JITs/JITs%20meetings/Conclusions%20of%20the%203rd%20Meeting%20of%20National%20Experts%20on%20Joint%20Investigation%20Teams/5526-2008-01-22-EN.pdf>

¹⁹² En los últimos años, es frecuente que España designe un liderazgo compartido entre un juez y un fiscal, en aquellos JIT en los que forma parte. Algo que llama la atención, teniendo en cuenta que, de acuerdo al ordenamiento español el responsable de la investigación es el juez. Obtenido de: Consejo Fiscal, *Informe del Consejo Fiscal en Relación con la problemática relativa a los Equipos Conjuntos de Investigación*, 2014, disponible en:

<https://www.fiscal.es/documents/20142/102607/Informe+del+Consejo+Fiscal+sobre+Equipos+Conjuntos+de+Investigaci%C3%B3n.pdf/99f801c7-f19f-a4cc-e41e-a2c6f2ecfea2?version=1.1&previewFileIndex=>

¹⁹³ Secretaría del Consejo de la EU, *Manual de los...*, *op.cit.*

¹⁹⁴ A modo de ejemplo, en un JIT constituido entre España y Francia, lo idóneo sería que el Jefe del JIT cuando actuase en España fuese un juez de instrucción, mientras que cuando el Equipo tuviese su base operativa en Francia, la jefatura la ostentase un Fiscal.

Por otra parte, parece lógico que si jueces o fiscales forman parte del equipo, lo hagan ejerciendo su jefatura. En caso contrario, no tendría sentido que un funcionario policial ejerciese el mando sobre un miembro de la magistratura o de la fiscalía. Caso diferente es aquel que corresponde a los JIT compuestos exclusivamente por funcionarios policiales, cuyas sus funciones no se corresponden estrictamente con la instrucción penal sino con la de realizar las indagaciones previas a dicha fase judicial. En todo caso, el ECMACM 2000 deja a las legislaciones nacionales la elección de la persona que ostente la jefatura¹⁹⁵.

A pesar de la conveniencia de que los Jefes de los JIT formen parte de la carrera judicial, el bagaje en la experiencia del funcionamiento de estos equipos también ha puesto en valor la importancia de la presencia de funcionarios policiales, así como la necesidad de un estrecho y flexible contacto de éstos con las autoridades que lideran el equipo¹⁹⁶.

En el caso de los JIT en los que España tome parte, la designación del Jefe del JIT estará a cargo de alguna de las autoridades competentes descritas en el artículo 13 de la JITL, expuesto con anterioridad, cuando dicho Equipo lleve a cabo las actividades de investigación en territorio nacional.

En cualquier caso, considerando que los JIT podrán, y será lo habitual, llevar a cabo medidas de investigación en varios Estados, sumado a que el literal del artículo 13.3.a) establece que el equipo estará dirigido por un representante de la autoridad competente del Estado en el que actúe el JIT, es fácil deducir que cada JIT contará con varios jefes que ejercerán el liderazgo alternativamente, en función del territorio en el que se lleve a cabo su actividad, como así sucede en la práctica.

Debe considerarse, además, que con frecuencia las medidas de investigación se lleven a cabo de manera simultánea en varios países, lo que supone que los diferentes

¹⁹⁵ Artículo 13 del ECMACM 2000.

¹⁹⁶ Conclusiones de la cuarta reunión de la JITNEN, celebrada en La Haya los días 15 y 16 de 2008.

Jefes que se designen ejercerán su liderazgo en paralelo, respecto a los actos que el Equipo esté llevando a cabo en su territorio.

En este sentido, para el óptimo desarrollo de la actividad del Equipo será fundamental una estrecha coordinación entre los diferentes Jefes, que conduzca a la consecución de los objetivos del JIT.

Además de la figura del Jefe, la normativa de los JIT contempla dos categorías principales dentro de la composición de los Equipos, la de miembros y la de participantes. Los miembros son aquellos componentes que representan a los diferentes países que forman parte del JIT y son encargados de llevar a cabo las diligencias de investigación. Cuando estos miembros se encuentren fuera del Estado al que representan, se denominan miembros destinados.

En cuanto a la categoría de participantes, hace referencia al resto de agencias o entidades que pueden formar parte de un JIT sin representar a ningún país, sobre la figura de los representantes se volverá más adelante, en concreto, cuando exponamos el papel que representan EUROJUST y EUROPOL en el funcionamiento de los JIT.

En lo que respecta la consideración de miembros en los términos de la legislación de nuestro país, de acuerdo con la JITL, el Jefe del Equipo que desarrolle sus actos de investigación en España podrá asignar cometidos tanto a los miembros como a los miembros destinados¹⁹⁷. A éstos últimos, podrá designarles funciones a desempeñar no sólo en su país de origen, algo de esperar, sino también para que las lleven a cabo en nuestro territorio¹⁹⁸, que para éstos resulta extranjero¹⁹⁹, para lo cual requerirá la

¹⁹⁷ Artículo 7 de la JITL.

¹⁹⁸ A este respecto, resulta interesante la reflexión de Choclán Montalvo, J.A., en su artículo “Delincuencia transfronteriza y Equipos Conjuntos de Investigación”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 13, 2003, cuando plantea que la actuación de los miembros destinados en el territorio español supone que la JITL amplía el concepto de policía judicial planteado en el capítulo primero del Real Decreto 769/1987, de 19 de junio, sobre regulación de la Policía Judicial.

¹⁹⁹ Aunque a priori no es normal que el Jefe del ECI ordene diligencias de investigación a funcionarios extranjeros mientras éstos permanecen fuera de su país de origen, no es raro que durante la actividad policial surja esta necesidad. Sin llegar a la compleja figura del agente encubierto, a modo de ejemplo, es frecuente que sea necesario llevar a cabo actividades vigilancias y seguimientos a

autorización de las autoridades de su país de origen. Todo ello, como casi todo en el funcionamiento de un JIT, está supeditado a lo que se pacte en el acuerdo de constitución del mismo.

Respecto al caso más habitual, que el Jefe encargue a los miembros destinados funciones en su país de origen, supone una de las innovadoras ventajas que introdujeron los JIT y que supone que el trasvase de los medios de prueba sea realmente ágil²⁰⁰. La petición y ejecución de esa medida investigativa han de llevarse a cabo como si se tratara de un caso nacional similar.

Estas posibilidades reducen considerablemente la necesidad de tener que recurrir a otras medidas de cooperación, ya estén basadas en la MA o en el MR, dado que los medios de prueba se obtienen en el seno del JIT y en cumplimiento de lo establecido en su acuerdo de constitución. No significa, sin embargo, que la necesidad de acudir a otros instrumentos de cooperación desaparezca, puesto que puede ser preciso requerir a una prueba existente, o que sea necesario conseguir, en un Estado que no sea parte del JIT, pertenezca o no a la EU²⁰¹.

Otra posibilidad la constituirían aquellos casos en los que la participación de un país sea tan concreta y limitada, que no merezca la pena que pase a integrar el JIT. En estos casos sería más adecuado recurrir a una comisión rogatoria o a la emisión de una EIO, como se verá más adelante.

investigados que desarrollan su actividad delictiva en ambientes caracterizados por la presencia de una determinada etnia o nacionalidad, que bien pueden ser coincidentes con las de estos agentes extranjeros. Del mismo modo, su actividad puede resultar fundamental como traductores de las intervenciones telefónicas que se autoricen en el marco de la investigación.

²⁰⁰ *Artículo 7 Ejecución de medidas de investigación*

1. El jefe del equipo podrá encomendar a los miembros destinados la participación o la ejecución por sí mismos de determinadas medidas de investigación.

2. Cuando sea necesaria la adopción de medidas de investigación en el territorio de uno de los Estados que hayan constituido el equipo conjunto de investigación, los miembros destinados por ese Estado podrán pedir a sus autoridades que adopten tales medidas en las mismas condiciones que si fueran solicitadas en el marco de una investigación nacional.

²⁰¹ Así lo refleja el artículo 13.8 del ECMACM 2000, donde también han de entenderse incluidos los instrumentos de MR creados con posterioridad a la redacción del texto del Convenio.

Al margen de no excluir el empleo de otras medidas de cooperación, las posibilidades de obtención a través de los JIT son muy amplias, entre otras razones, por no existir un elenco cerrado de medidas de investigación que puedan llevar a cabo los miembros destinados del Equipo. Tampoco se excluyen medidas de investigación que requieran la afectación de derechos fundamentales de los investigados, como podría ser el caso de una orden de entrada y registro²⁰².

También en este aspecto, tal y como se cita al comienzo de este capítulo, tanto en el Convenio como en la FD se da preponderancia a lo establecido en el acuerdo entre los Estados constituyentes de cada JIT en concreto. Por ello, cada acuerdo de constitución se convierte en una negociación en la que bien puede aceptarse la disponibilidad o no de alguna medida de investigación concreta²⁰³.

La amplia gama de poderes discrecionales que se plasman en el acuerdo de constitución se ve compensada, en parte, por la gran flexibilidad que la normativa atribuye a la composición y funciones de los JIT, y que permite que puedan subsanarse los errores u omisiones iniciales²⁰⁴. En este sentido, conviene aclarar que las condiciones del acuerdo no son inamovibles, y que pueden modificarse a lo largo de tiempo de vida del JIT, sin perjuicio de que la legitimidad de la actividad del mismo está vinculada a la redacción del texto vigente en ese momento.

Esta dependencia de la negociación entre partes se ve ampliamente superada en los mecanismos de colaboración basados en el MR, como se verá más adelante en los siguientes capítulos de este trabajo. En ellos se reduce la parcela de la continua negociación y se amplía considerablemente el automatismo del proceso. No obstante, resulta evidente que en dichos instrumentos se pierde la inmediatez y la agilidad operacional presentes en la actividad de los JIT.

²⁰² Secretaría del Consejo de la EU, *Manual de los...*, *op. cit.*

²⁰³ La normativa permite, por ejemplo, que se constituya un JIT en cuyo acuerdo de constitución estén vetadas las intervenciones telefónicas.

²⁰⁴ Por ello, la propia Secretaría General del Consejo aconseja constituir los JIT con la mayor celeridad posible, para posteriormente, una vez en funcionamiento corregir las posibles disfunciones. *Manual de los Equipos Conjuntos de Investigación Conjunta.*

En cuanto a la procedencia de los miembros del JIT, tanto la legislación internacional como la propia JITL contemplan la participación de terceros Estados²⁰⁵. Su intervención, no obstante, se sitúa en un grado de responsabilidad inferior respecto a los miembros y, salvo cláusula contraria del acuerdo de constitución, no gozarán de los mismos derechos de éstos²⁰⁶.

Respecto a la figura de los participantes, como antes se apuntaba, resulta de especial interés la participación de EUROJUST y EUROPOL²⁰⁷, dejando al margen la intervención de algunos actores internacionales ajenos a la EU y que pueden tomar parte de un JIT, como el FBI o la DEA. En cualquier caso, estos participantes tienen vedada su intervención directa en las labores de investigación, limitando sus funciones a un papel pasivo, y a requerimiento del Jefe y de los miembros del JIT²⁰⁸. Este menor protagonismo y las limitadas posibilidades de actuación han llevado a que algunos autores consideren a los participantes como meros “observadores interesados”²⁰⁹.

²⁰⁵ Ley 11/2003, de 21 de mayo, reguladora de los equipos conjuntos de investigación penal en el ámbito de la Unión Europea

Artículo 10 Modificaciones en la composición del equipo

1. Las autoridades competentes de los Estados que hayan creado el equipo conjunto de investigación, podrán acordar la incorporación a éste de personas que no sean representantes de aquéllos, en especial de funcionarios de organismos creados de conformidad con el Tratado de la Unión Europea, a los que se refiere la disposición adicional segunda de esta ley.

2. Cuando se incorporen las personas señaladas en el apartado anterior, no gozarán de los derechos concedidos a los miembros del equipo o destinados en él, salvo que el acuerdo de constitución establezca lo contrario.

²⁰⁶ Aunque lo contempla la normativa relativa a los JIT, como se ha expuesto, en la práctica la participación de terceros Estados no está exenta de dificultades. Entre ellas está la necesaria garantía de dicho Estado de que no aplicará la pena de muerte en caso de condena, las condiciones pactadas con el acusado en las que se rebaja su pena a cambio de colaborar en la investigación, o las especificidades en cuanto a protección de datos y confidencialidad.

²⁰⁷ Según el artículo 1, apartado 12, de la FDJIT y lo dispuesto en el ECMACM 2000, EUROJUST y EUROPOL pueden participar en los JIT por separado o conjuntamente.

Además, el artículo 6 del Acuerdo de cooperación entre EUROPOL y EUROJUST permite que ambos conjuntos de investigación, y apoyen a las autoridades policiales y judiciales en los debates previos a la creación de equipos conjuntos de investigación.

²⁰⁸ Secretaría del Consejo de la EU, *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*, 2000, puede consultarse en:

<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/8fb2c588-5bcc-42d4-a8a2-7a5bcc88bb1b/language-es/format-PDF>

²⁰⁹ Entre otros, Gualtieri, C, “Joint Investigation Teams”, *ERA Forum*, nº 8, 2007, p. 235.

3. El papel de las agencias europeas en el funcionamiento de los JIT

Como se mencionaba al principio del capítulo, los JIT son una herramienta que aunque no es exclusiva del ámbito europeo, ha tenido un desarrollo y una aplicación especialmente intensos en el ámbito de la EU. A este desarrollo ha contribuido de manera significativa la labor facilitadora de EUROPOL y, sobre todo, de EUROJUST. En los siguientes apartados se resume la aportación de ambas agencias a la obtención de la prueba transfronteriza, así como la relación de causalidad entre su actividad y la admisibilidad posterior de éstas.

a) EUROJUST

Como unidad fundamental de cooperación judicial de la EU, EUROJUST tiene un papel protagonista en la constitución y desarrollo de los JIT. Este papel puede sintetizarse en los siguientes puntos, extraídos de su marco legal²¹⁰:

- Cumplir una función de control estadístico y asesoramiento técnico, facilitado por la obligación de los Estados miembros de comunicar a EUROJUST la constitución de un JIT.
- Solicitar a algún Estado miembro que cree o forme parte de un JIT, cuando sea necesario para la consecución de los objetivos del mismo²¹¹.
- Formar parte de los JIT, a través de uno de sus miembros nacionales, cuando éstos pertenezcan a uno de los países participantes
- Apoyar y financiar la actividad de los JIT.

Distribuidas en el periodo de vida de un JIT, la intervención de EUROJUST en su funcionalidad va desde la fase de constitución hasta la evaluación posterior de los

²¹⁰ Secretaría del Consejo de la EU, *Joint Investigation Teams Practical Guide*, 2017, puede consultarse en:

<http://www.eurojust.europa.eu/doclibrary/JITs/JITs%20framework/JITs%20Practical%20Guide/JIT-GUIDE-2017-EN.pdf>

²¹¹ Conviene aclarar que EUROJUST puede proponer la creación de un JIT, pero no imponerlo. A la citada solicitud, la autoridad nacional competente de alguno de los Estados afectados puede declinar la propuesta con la debida justificación. Cuando sea EUROPOL quien proponga la creación del JIT, en este caso de naturaleza policial, los Estados requeridos no precisarán justificar la negativa a que el Equipo se constituya.

resultados, pasando por la compartición de la experiencia acumulada en los JIT creados por los Estados miembros.

En todas estas fases tiene un especial protagonismo la Red de Expertos Nacionales en Equipos Conjuntos de Investigación²¹² (en adelante, JITNEN), cuya secretaría²¹³ se encuentra incardinada en el organigrama de EUROJUST. Esta Red constituye una importante plataforma de apoyo a la constitución de los JIT, basada en el aprendizaje obtenido en la participación en los mismos de los diferentes Estados miembros. Sus informes son referenciados en diferentes puntos de este capítulo.

En el momento de constitución del equipo, EUROJUST a través de sus oficinas nacionales establece contacto con las autoridades nacionales sobre la oportunidad y adecuación de la constitución de un JIT. Además, son frecuentes los casos en los que el mecanismo de creación de los Equipos se pone en funcionamiento tras la celebración de reuniones de coordinación que buscan detectar la existencia de investigaciones paralelas en diferentes Estados miembros.

Para detectar la existencia de estas investigaciones paralelas, la agencia mantiene relaciones con las autoridades nacionales, las oficinas de enlace de EUROPOL, los expertos en JIT y los magistrados de enlace desplegados en los Estados miembros y en terceros países.

Una vez detectada la necesidad de establecer un JIT, EUROJUST asesora a las partes en la confección del acuerdo de constitución y en las discusiones que llevan a la redacción de las cláusulas más controvertidas. En este papel inicial de coordinación pueden ser de gran utilidad las denominadas “fichas españolas”²¹⁴, en las que se

²¹² Basa su funcionamiento en el documento 11037/05, emitido por el Consejo el del Consejo el 8 de julio de 2005, disponible en:

<http://www.eurojust.europa.eu/doclibrary/JIT/JIT%20framework/Council%20Document%20establishing%20the%20JIT%20Network/JIT-Council-document-11037-05-EN.pdf>

²¹³ La existencia de esta Secretaría y su incardinación EUROJUST está contemplada en la Decisión 2009/426/JAI, por la que se refuerza EUROJUST. Publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea L 138, de 04.06.2009.

²¹⁴ Denominadas así por partir como una propuesta de nuestro país en la novena reunión del JITNEN, celebrada entre los días 27 y 28 de junio del año 2013. Su aprobación como proyecto figura en la página 14 del informe de la décimo tercera reunión, celebrada 25 y 26 de junio de 2014. No deben confundirse

exponen las particularidades que presentan los diferentes Estados miembros relativas a la constitución de un JIT, atendiendo a su normativa nacional de desarrollo.

En este sentido, las fichas ayudan a conocer aspectos particulares de cada país sobre las autoridades encargadas de autorizar la creación del JIT²¹⁵, concreción en cuanto a los directores de la investigación criminal u otro tipo de peculiaridades en su normativa procesal como:

- Información legislativa general, relativa a la aplicación de la normativa de la EU e internacional de otros ámbitos.
- Normativa específica para la constitución de los JIT.
- Aspectos particulares en cuanto al intercambio de información y de obtención de medios de prueba en el seno del JIT.
- Posibilidades de participación en la investigación de los miembros destinados.
- Admisibilidad de las pruebas obtenidas en la actividad del JIT.

Superada la constitución del Equipo, durante la fase operacional cuando el JIT lleva a cabo su labor investigadora, EUROJUST asiste a sus componentes acerca de las circunstancias que pueden influir en la obtención eficaz de las pruebas, las posibilidades de actuación de los miembros destinados u otros aspectos relativos a la coordinación de los participantes.

con las “fichas belgas” mencionadas en el segundo capítulo, y cuyo contenido se ciñe a las particularidades procesales en cuanto al modo de llevar a cabo medidas de investigación en cada Estado miembro. Obtenido de: Secretaría del Consejo de la EU, *Conclusions of the 13th Annual Meeting of National Experts on Joint*, 2017, puede consultarse en:

http://www.eurojust.europa.eu/doclibrary/JITs/JITs%20meetings/Conclusions%20of%20the%2013th%20Meeting%20of%20National%20Experts%20on%20Joint%20Investigation%20Teams/15501_2017_EN.pdf

²¹⁵ El informe de Evaluación de los JIT, emitido por la JITNEN en febrero de 2018 planteaba, como uno de los principales retos, conseguir que los actores llamados a participar en los JIT identificasen las autoridades encargadas ejercer el liderazgo de éstos en su propio país, así como los mecanismos básicos en el resto de Estados. Obtenido de: Joint Investigation Teams National Experts Network, *Second JIT Evaluation Report*, 2018, puede consultarse en:

[http://eurojust.europa.eu/doclibrary/JITs/JITsevaluation/Second%20JIT%20Evaluation%20Report%20\(Febbruary%202018\)/2018-02_2nd-Report-JIT-Evaluation_EN.pdf](http://eurojust.europa.eu/doclibrary/JITs/JITsevaluation/Second%20JIT%20Evaluation%20Report%20(Febbruary%202018)/2018-02_2nd-Report-JIT-Evaluation_EN.pdf)

En esta fase toma especial protagonismo una de las principales aportaciones de la agencia a los JIT, como es la financiación de su actividad²¹⁶ y que abarca desde el transporte y alojamiento de los agentes destinados, hasta los gastos derivados de la obtención específica de los medios de prueba²¹⁷. Hasta la fecha, esta opción de soporte económico no aparece para ninguna otra medida de cooperación penal en la EU y constituye uno de los pilares que sostiene la amplia aceptación de los Equipos.

EUROJUST también puede aportar apoyo técnico, como el despliegue de su centro de coordinación que facilita el intercambio de información²¹⁸ y la resolución de cualquier conflicto legal o de otra índole. En este sentido, y en relación con la admisibilidad, el papel de la agencia es fundamental para aportar soluciones a las cuestiones procesales que pudieran plantearse por parte de los componentes del JIT.

Por último, en la fase final de la actividad del JIT y siempre que no se hubiese hecho con anterioridad, EUROJUST puede asesorar en cuanto a determinar a qué jurisdicción correspondería intervenir en la causa, cuando exista el suficiente margen para su elección. Sobre esta cuestión, la posibilidad de optar por la jurisdicción de un Estado u otro, volveremos en el apartado IV de capítulo.

La labor de esta agencia europea resulta también fundamental en la posterior evaluación de los resultados del JIT, en concreto a través de la JITNEN como recopiladora de las lecciones aprendidas y como órgano de referencia en cuanto a la difusión de toda información de valor que haya de tenerse en cuenta para la creación de futuros JIT.

²¹⁶ Desde julio de 2013, la JITNEN es la encargada de gestionar la financiación que los JIT reciben de EUROJUST.

²¹⁷ El 77% de los JIT evaluados durante 2017 habían recibido financiación de EUROJUST. Como regla general, los participantes en los JIT ponen en valor este apoyo que les permite incrementar el número de reuniones presenciales, destinar a más agentes, o solventar los problemas de traducción.

²¹⁸ En el proceso de intercambio de información, EUROJUST pone a disposición de los Estados participantes el sistema SIENA (Secure Information Exchange Network Application), desarrollado por EUROPOL y que permite el intercambio ágil y seguro de información e inteligencia estratégica relacionada con el crimen. No obstante, a juzgar por las conclusiones de múltiples informes de la JITNEN, esta herramienta está infrautilizada por los Estados, que prefieren el intercambio a través de canales informales de comunicación.

Al margen de SIENA, también existe un canal seguro de mensajería electrónica y un sistema de intercambio de archivos de gran volumen denominado LFE (Large File Exchange).

b) EUROPOL

En un plano más cercano al ámbito policial, EUROPOL²¹⁹ constituye una valiosa herramienta en cuanto a la compartición de la información e inteligencia disponible en sus bases de datos. A través de las mismas, la agencia policial puede identificar vínculos operacionales que escapan a la visión parcial que pueden tener los diferentes países acerca de la operación a llevar a cabo. En este sentido, EUROPOL es capaz de adaptar sus herramientas de análisis a las necesidades concretas de la investigación de un JIT determinado²²⁰.

Esta compartición de información no sólo sirve de apoyo policial a las fuerzas intervinientes en la operación, sino que en ocasiones los datos ofrecidos por alguna de las partes intervinientes sirven también como detonante para la creación de otro JIT.

Además de proveer apoyo logístico en términos similares a los que ofrece EUROJUST, EUROPOL también facilita apoyo técnico en cuanto a técnicas forenses y para el intercambio de datos con Estados que, al menos en un primer momento, no forman parte del JIT. Esta prestación de apoyo tiene lugar, predominantemente, en la fase operacional del JIT.

IV. VALOR PROBATORIO DE LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN OBTENIDOS POR UN JIT

Una vez expuesto el concepto de JIT, detallada la normativa que le sirve de sustento y pormenorizados los aspectos fundamentales de su funcionamiento, procederemos a examinar la eficacia procesal de los frutos de las medidas de investigación que llevan a cabo por parte de estos Equipos.

²¹⁹ En cuanto a la participación de EUROPOL, ha de considerarse que la agencia está sometida a su ámbito de actuación ceñido al terrorismo, el tráfico de drogas y el blanqueo de dinero a escala internacional, el fraude organizado, la falsificación de euros y la trata de seres humanos. Además, y de acuerdo a sus estatutos, no podrá participar en ningún tipo de medida coercitiva, como puede ser una entrada y registro.

²²⁰ Lo que la agencia denomina “*tailor-made approach*”.

Para comenzar, abordaremos el caso más sencillo de evaluar en cuanto a la eficacia procesal de los frutos obtenidos, aquel en el que los actos de investigación los llevan a cabo aquellos miembros del JIT que actúan en su propio país, y coincide con el Estado en el que se va a juzgar la causa.

Parece obvio que las fuentes de prueba obtenidas en su territorio por agentes de ese país y respetando las disposiciones legales de ese Estado, debieran resultar en principio susceptibles de ser incorporados válidamente a un proceso penal que se lleve a cabo en ese país, aunque desarrollen su investigación en el seno de un JIT. Y ello, porque se han realizado con respeto a los Derechos Fundamentales y demás garantías esenciales para que puedan resultar pruebas lícitas a tomar en cuenta por el órgano jurisdiccional decisor competente. En definitiva, porque están constitucional y legalmente previstos los requisitos exigibles para la licitud de la prueba resultante.

En ese sentido, el posible valor probatorio de los resultados de la investigación conjunta ha de ser exactamente el mismo que el que tendrían los resultados de una investigación realizada únicamente en un caso estrictamente nacional.

No obstante, la cuestión que plantea dudas y que merece analizar, surge cuando los resultados de la investigación que el JIT ha desarrollado en el territorio de un cierto Estado se pretenden hacer valer en un país distinto. Es decir, en los casos en los que es necesaria una auténtica circulación de elementos probatorios entre diferentes Estados miembros.

Como herramienta surgida de la MA, los JIT dan una prevalencia absoluta a la legislación del país donde se lleva cabo la medida de investigación. En este caso, la información obtenida legalmente por los JIT como consecuencia de los fines concretos para los que se crearon debe tener el mismo valor probatorio que la obtenida en casos similares de índole nacional²²¹. No obstante, esta consagración a la *lex loci* no excluye que puedan acordarse líneas de actuación procesal que vayan en consonancia con los

²²¹ Artículo 1.10 de la FDJIT.

Estados participantes y que allanen el camino a la posterior admisibilidad de los medios de prueba obtenidos, siempre que no se vulnere la legislación doméstica. Es decir, aunque la FDJIT plantee un escenario basado en la aplicación del derecho procesal del Estado en el que se lleve a cabo el acto de investigación, nada impide que mediante el acuerdo de constitución puedan pactarse determinadas particularidades, en el modo de practicarlos, que faciliten la posterior admisibilidad²²².

Volvemos, por tanto, a la importancia del momento de la redacción inicial del mismo o de sus oportunas revisiones, para resaltar la necesidad de reflejar en el citado acuerdo toda la casuística de obtención y compartición de los medios de prueba conseguidos por el JIT. Este aspecto requiere un análisis detallado a la hora de redactar el acuerdo, en especial cuando se trata de compartir información e indicios con terceros Estados, ajenos a la EU.

Dada esa situación, si el acuerdo inicial no contemplaba el uso de medios de prueba procedentes de esos terceros Estados y no se procede a la revisión de la redacción inicial para incluir esa posibilidad, los indicios obtenidos podrían resultar inadmisibles en el proceso a llevar cabo en los diferentes países de la EU. En sentido contrario, alguno de los Estados miembros que forman parte del JIT podrían negarse a compartir ciertos aspectos de la investigación con terceros países.

Por otra parte, en relación a los delitos para cuya investigación se crea el JIT, la concreción de los mismos puede incidir de manera significativa en la posterior admisibilidad de los medios de prueba obtenidos. Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 13.10.a) del ECMACM 2000, la información obtenida durante la actividad del JIT podrá utilizarse sin problemas cuando esté relacionada con los fines para los que se creó el Equipo. Fuera de ese supuesto, la utilización de la información obtenida que tenga relación con otros delitos, se complica.

²²² A modo de ejemplo, supongamos un Estado A, en el que se va a llevar a cabo una entrada y registro, y un Estado B, en el que se van a enjuiciar los hechos. En el Estado A no hay limitación horaria para la realización de dicho acto de investigación, pero en el B no podría llevarse a cabo en el lapso comprendido entre el ocaso y el amanecer. En este caso, nada impediría que la realización de la medida en el Estado A respetase el horario legal en el Estado B, facilitando así su admisibilidad en este último país.

En este punto debe considerarse qué ocurre cuando en el desarrollo de la instrucción penal de los delitos para los que originariamente está constituido el JIT, aparecen indicios de la existencia de otro ilícito penal no contemplado en origen, al margen de la excepción contemplada en el artículo 13.10.c) relativa a las situaciones de amenaza inmediata y grave para la seguridad pública. En este punto habrá de considerarse si los hechos descubiertos pueden ser investigados por las autoridades del Estado en que han sido descubiertos sin necesidad de una investigación conjunta o por el contrario es preciso que sea el Equipo el que asuma la investigación.

Resulta obvio que en el primer caso bastaría con comunicarlo a las autoridades del Estado afectado que se harían cargo de la instrucción penal, como si de otro caso doméstico se tratara. Por otra parte, si se estimase conveniente que la investigación la llevase a cabo el Equipo, el JIT deberá recabar la autorización del país en el que se han encontrado los indicios, además de contar con la ratificación mediante el acuerdo de todos los Estados que lo compongan. El Estado del que se requiere la autorización, sólo podrá denegarla en casos en los que se pongan en peligro investigaciones penales relacionadas que las que se estén llevando a cabo o cuando existan razones por la que pueda denegarse la asistencia judicial²²³.

Resulta lógico que en la mayor parte de las ocasiones, esa ratificación de los Estados participantes del JIT suela tener lugar a posteriori²²⁴, una vez aparecidas las circunstancias que llevan a la investigación de un nuevo delito, debido a lo imprevisible de la detección de elementos que puedan dar lugar a una operación separada de la originaria.

En consecuencia, en aras de mantener unas adecuadas garantías de admisibilidad, cuando se redacte el acuerdo de constitución, los expertos de la JITNEN

²²³ Artículo 13.10.b) del ECMACM 2000.

²²⁴ Vallines García, E., “Los Equipos Conjuntos...”, *op. cit.*, p.306.

aconsejan definir un ámbito delictual lo más amplio posible²²⁵, dentro de una misma temática criminal²²⁶.

La experiencia acumulada por los Estados miembros en la creación de los JIT, aconseja debatir y reflejar en el acuerdo las reglas procesales básicas que han de guiar la actuación del equipo, con el fin de anticiparse a posibles problemas en la admisibilidad de los medios de prueba obtenidos²²⁷.

Alcanzar este acuerdo, en cuanto a reglas procesales a aplicar, será más difícil cuanto más diferencias existan entre las regulaciones nacionales de los Estados intervinientes en el JIT. En sentido contrario, el establecimiento de unos estándares básicos procesales a nivel europeo para llevar a cabo las medidas de investigación, allanaría el camino para la posterior admisión de los indicios obtenidos durante la actividad del JIT.

Indicado lo anterior, podemos comprobar otra aplicación directa de los beneficios que tendría el establecimiento a nivel europeo de unos estándares comunes para la protección de los derechos del encausado y de unas guías básicas para la práctica de actos de investigación. Como ya se ha mencionado con anterioridad, una mayor concreción del concepto de “proceso equitativo”, reflejado en los artículos 6 de la ChFREU y en el 47 de la ECoHR, constituiría una buena base para el establecimiento de estos estándares básicos.

Aunque lejos de estas reglas estandarizadas, el propio texto del ECMACM determina algunas reglas básicas en cuanto a la ejecución de ciertos actos de investigación. Así, los artículos 10 y 11 regulan el interrogatorio de sospechosos,

²²⁵ La definición del ámbito delictual para el que se crea el JIT no siempre es sencillo, no solo cuando se trata de grupos criminales, sino también en ciberdelitos en los que el concurso de delitos también suele ser variado.

²²⁶ Joint Investigation Teams National Experts Network, *Second JIT Evaluation...*, *op. cit.*

²²⁷ Secretaría del Consejo de la EU, *Conclusions of the fourth meeting of National Experts on Joint Investigation Teams*, 2008, puede consultarse en:
<http://www.eurojust.europa.eu/doclibrary/JITs/JITs%20meetings/Conclusions%20of%20the%204th%20Meeting%20of%20National%20Experts%20on%20Joint%20Investigation%20Teams/17512-2008-12-19-EN.pdf>

testigos y peritos; el artículo 14 dispone ciertos aspectos relativos a los agentes encubiertos; y los artículos que van del 17 al 21 aportan diversas consideraciones relativas a la interceptación de las comunicaciones.

Estos estándares deben entenderse como unos mínimos en cuanto a la protección de los derechos de los investigados, sin perjuicio de que alguno de los Estados, en los que el JIT desarrolle su actividad, imponga niveles mayores de protección. En este posible establecimiento de unos requisitos mayores de protección de derechos, por parte de alguno de los Estados participantes, se detecta una merma en cuanto a su fiabilidad.

Al hilo de esta probable debilidad, si recordamos la jurisprudencia del CJUE expuesta en el segundo capítulo de este trabajo, no era posible denegar la cooperación penal amparada por normativa comunitaria, aludiendo unos niveles nacionales de protección mayores para los derechos del investigado o de la víctima, en comparación a los establecidos por la propia EU.

Sin embargo, a través del pacto que da lugar a la constitución de un JIT, uno de los países participantes podría exigir al resto el cumplimiento de unos niveles de protección superiores a los que cada Estado tienen en su territorio. Es decir, podrían así imponerse, mediante el acuerdo entre los participantes, unos niveles de protección excesivamente elevados que entorpeciesen la investigación. De este modo, no se cumpliría la jurisprudencia establecida por el CJEU, que impide denegar una colaboración judicial amparándose en unos niveles de protección de los derechos del encausado por encima de los aceptables por la EU.

Además, dada la excesiva dependencia del acuerdo entre las partes de la que adolecen los JIT, su constitución podría truncarse por el intento de una de las partes de imponer unos estándares de protección excesivamente exigentes, que dificultasen el discurrir de la investigación.

Como continuación a la normativa procesal de aplicación en la actividad del JIT y desde un punto de vista práctico, en función de los participantes en un JIT habrán de tenerse en cuenta las particularidades de los países de procedencia y, especialmente, las de aquellos Estados en los que se utilizarán los medios de prueba obtenidos. A pesar de la prevalencia de las normas procesales del Estado de ejecución de las mismas, a la que se aludía con anterioridad cuando se exponía el caso español, no todos los países han transpuesto de manera tan generosa la FDJIT a su ordenamiento, ni hacen una interpretación tan fidedigna del ECMACM 2000.

En este ámbito, atendiendo a las normas procesales de los diferentes Estados, los informes de la JITNEN²²⁸ subrayan el papel que tienen los miembros destinados en cuanto al asesoramiento acerca de las particularidades de dichas normas en sus países de procedencia.

Tampoco debe olvidarse, en lo referente al asesoramiento, el papel que juegan los magistrados de enlace o la Red Judicial Europea. Estas instituciones, que se analizaron en el Capítulo II, contribuyen al conocimiento de las peculiaridades procesales de los diferentes Estados llamados a participar en un JIT.

En este ámbito, también juegan un papel asesor los miembros destinados del JIT, aunque en este caso su intervención no se limita a las labores de asesoramiento a través de reuniones y comunicaciones. Su presencia en la práctica de las medidas de investigación puede incrementar en buena medida las posibilidades de admisibilidad, como concedores de su legislación nacional, señalando qué aspectos deben observarse y cuáles deben evitarse en el momento en que se ejecuta un determinado acto de investigación²²⁹. Tan importante es la presencia de los agentes destinados que los participantes en los JIT argumentan que, a pesar de lo establecido en el artículo 13.5 del ECMACM 2000, su presencia sólo debería vetarse en circunstancias

²²⁸ Entre otros, Secretaría del Consejo de la EU, *Conclusions of the 9th...*, *op.cit.*

²²⁹ Sirva el ejemplo de un Estado A en el que actúa como miembro destinado un agente del Estado B. En el Estado A, las entradas y registros pueden llevarse a cabo a cualquier hora del día mientras, que atendiendo a las reglas procesales del Estado B, en su territorio está prohibido ejecutarlas entre el orto y el ocaso. En este caso el agente del Estado B podría solicitar al Estado A la posibilidad de evitar esa franja nocturna para la ejecución de la medida.

excepcionales como la protección víctimas de especial vulnerabilidad²³⁰ o por razones de seguridad nacional.

Esta presencia de los miembros destinados, además, puede facilitar la celebración del juicio posterior. Así, si el miembro destinado ha estado presente en la ejecución del acto de investigación, cuando sea necesario reproducir la prueba en la fase oral del procedimiento no habrá que requerir la presencia de un funcionario extranjero, sino que podrá ser el agente destinado quien lleve a cabo dicha reproducción en la fase oral.

Otro de los aspectos con una gran incidencia en la admisibilidad de los indicios obtenidos y en la calificación de los hechos enjuiciados es la elección de la jurisdicción sobre la que recaerá el enjuiciamiento de los delitos²³¹. La estructura normativa que sustenta los JIT permite cierta flexibilidad en este aspecto y su determinación puede resultar fundamental en el éxito de los fines perseguidos por el equipo²³².

En relación a esta posibilidad de elegir la jurisdicción que entienda de la causa, conviene aclarar que no siempre existe ese margen de discrecionalidad. No obstante sí es una situación que se da con frecuencia en ciertos delitos que son objeto de investigación por parte de los JIT. Sería el caso de la investigación de actividades de delincuencia organizada, cuando los autores ejecutan sus acciones en varios países y en la que los hechos pueden ser enjuiciados en cualquiera de estos Estados.

A este respecto, llama la atención una de las recomendaciones reflejadas en diversos informes de la JITNEN²³³, en los que se exponen dos modos de proceder en

²³⁰ Paradójicamente, en ciertas ocasiones, la presencia de los miembros destinados en la investigación puede contribuir a la protección de las víctimas vulnerables evitando, por ejemplo, la duplicidad de entrevistas, recreación de hechos, etc.,...

²³¹ Los criterios para la elección de la jurisdicción son variados: lugar donde se van a llevar a cabo las detenciones, país en el que se lleva a cabo la mayor parte de la actividad criminal, nacionalidad de los principales sospechosos o víctimas, etc.,... En ocasiones no hay elección posible, como cuando participa un tercer Estado (ajeno a la EU) que no contempla la extradición de nacionales. En este caso resulta obvio que debe ser la jurisdicción de ese país la que juzgue a sus nacionales.

²³² Según el *Second JIT Evaluation Report*, ya citado en este trabajo, sólo el 23% de los JIT evaluados había incluido cláusulas relativas a la elección de la jurisdicción en el acuerdo de constitución.

²³³ Secretaría del Consejo de la EU, *Conclusions of the fourth...*, *op. cit.*

cuanto a la determinación de la jurisdicción. El primero consiste en establecer unos estándares muy elevados de protección de los derechos de los encausados mientras se llevan a cabo los actos de investigación para, con posterioridad, tener mayor margen de elección de la jurisdicción responsable. De este modo, la determinación de unos requisitos tan altos para la admisibilidad garantizará, en cierto modo, que los medios de prueba sean admitidos con independencia del Estado que se elija para entender de la causa. Es decir, la estrategia aplicada consiste en ser muy exigentes en la fase de investigación para, con posterioridad, poder elegir jurisdicción.

La segunda manera de proceder, reflejada por los informes de la JITNEN, consiste en elegir la jurisdicción en la que se van a enjuiciar los hechos desde un primer momento, para ajustar el modo de realizar los actos de investigación a los requerimientos de ese Estado concreto. En este caso, todas las medidas de investigación tendrán como referencia las normas procesales del Estado donde tendrá lugar la fase oral del proceso.

En ambos casos, es importante considerar las medidas de investigación que se prevé que van a tener que desarrollarse durante el periodo de vigencia del JIT, especialmente las que resultarán más sensibles en cuanto a su injerencia en los derechos fundamentales de los investigados, como las entregas vigiladas, la intervención de las comunicaciones²³⁴ o las operaciones encubiertas. Muchas de estas medidas tienen una regulación muy dispar en los diferentes Estados miembros. A modo de ejemplo, en ciertos países la información obtenida por la interceptación de las comunicaciones está clasificada, lo que dificulta en gran medida la compartición con otros Estados de los indicios obtenidos por esta vía.

²³⁴ A tenor de las conclusiones expuestas en las conclusiones de la séptima reunión de la JITNEN, la intervención de las telecomunicaciones era la medida de investigación en la que había que hacer un mayor esfuerzo previo de estudio de las diferentes normas procesales con el fin de evitar los riesgos de inadmisibilidad. Secretaría del Consejo de la EU, *Conclusions of the 7th Annual meeting of the National Experts on Joint Investigation Teams*, 2012, puede consultarse en:

<http://www.eurojust.europa.eu/doclibrary/JITs/JITs%20meetings/Conclusions%20of%20the%207th%20Meeting%20of%20National%20Experts%20on%20Joint%20Investigation%20Teams/8725-2012-04-13-EN.pdf>

También el derecho sustantivo, en concreto la tipificación de las conductas investigadas, tiene su importancia cuando existe la posibilidad de elegir una u otra jurisdicción. En este sentido y a modo de ejemplo, puede resultar interesante elegir la jurisdicción de un Estado en el que los hechos investigados puedan tipificarse con mayor claridad como pertenencia a organización criminal²³⁵.

Otro de los aspectos que dificulta la gestión de los medios de prueba es la existencia de operaciones relacionadas entre sí y cuya investigación lleva a cabo un JIT, pero que se encuentran en diferentes fases de desarrollo. Cuando existen investigaciones paralelas que pueden dar lugar a la constitución de un JIT, una vez creado, puede darse el caso en que la investigación finalice antes para un Estado que para otro²³⁶.

De este modo, la inoportuna revelación de los métodos seguidos o de la información conseguida durante la actividad del JIT, puede malograr el resultado de las investigaciones paralelas que se lleven a cabo en otros Estados. Por tanto, las condiciones de revelación de esta información deben ser objeto de un estudio minucioso que se plasme en forma de plazos y condiciones en el acuerdo de creación de los Equipos.

Para considerar estas variables deberán conocerse las particularidades de cada país, en cuanto a la revelación de la información contenida en el curso de una investigación judicializada, así como una estimación de la posibilidad de sincronizar los diferentes procesos en curso. En la vía de la cooperación, las soluciones pasarían por que los miembros del JIT siguieran coordinados después de la finalización del periodo de actividad del mismo o que su tiempo de vigencia se prolongara el tiempo necesario para no descomparar la publicación de la información sensible inherente a la investigación.

²³⁵ Otro interesante ejemplo real, es la elección de una jurisdicción determinada que evitaba la inmunidad de la que uno de los sospechosos gozaba en otro de los Estados.

²³⁶ Esta situación podría ilustrarse con el ejemplo de una investigación sobre una organización criminal dedicada al tráfico de drogas, a través de la cual se puede llegar a otro grupo que se dedicase al tráfico de seres humanos. Puede que la necesidad de evitar el delito llevase a precipitar la detención de los narcotraficantes, y que la revelación de la información obtenida en el seno del JIT, llevara al traste la posterior investigación relativa a la segunda organización.

Otro de los aspectos demandados por los participantes en los JIT²³⁷, cuando éstos los componen más de dos Estados, es la existencia de un punto único de intercambio de información, donde autoridades judiciales y policiales puedan poner a disposición del resto la información y las evidencias que hayan podido obtener. La existencia de este punto único garantizaría la trazabilidad de cada documento o indicio plasmado, facilitando con posterioridad la admisibilidad de los mismos.

Una vez expuestas las peculiaridades de la admisibilidad de la prueba transfronteriza obtenida a través de los JIT, cabe plantearse su relación con otros instrumentos de cooperación procesal penal, a la que se apuntaba al comienzo del capítulo. En este sentido, es frecuente la utilización de otros medios de colaboración de manera simultánea a la constitución de un JIT, como las comisiones rogatorias u otros instrumentos basados en la MA, principalmente el resto de los contemplados en el propio ECMACM 2000²³⁸.

En este sentido, durante el periodo de vida del JIT es frecuente que se lleven a cabo investigaciones paralelas en otros Estados, que no forman parte del Equipo y de los que se puede requerir el traslado de algún indicio que guarde relación con el ámbito de creación del mismo.

En cierto modo, esto confirma que la actividad de un JIT no siempre colma las necesidades de los Estados que forman parte del mismo cuando la investigación transnacional que están llevando a cabo reviste una alta complejidad. Las razones varían, desde inconvenientes legales para que el Estado del que se requiere el auxilio forme parte del JIT, hasta el hecho de que la cooperación del país que no forma parte

²³⁷ Secretaría del Consejo de la EU, *Conclusions of the 13th...op.cit.*

²³⁸ Según datos publicados en el Segundo Informe de Evaluación de los JIT por la JITNEN en febrero de 2018, el 44% de los JIT evaluados habían hecho uso de herramientas basadas en MA para obtener medios de prueba que no estaban al alcance directo de los participantes en el JIT. En el 20% de los casos, los países externos al JIT a los que se requería cooperar, vía MA, eran Estados miembros de la EU. Obtenido de: Secretaría del Consejo de la EU, *Conclusions of the second meeting of the national Experts on Joint Investigation Teams*, 2006, puede consultarse en: <http://www.eurojust.europa.eu/doclibrary/JITs/JITs%20meetings/Conclusions%20of%20the%202nd%20Meeting%20of%20National%20Experts%20on%20Joint%20Investigation%20Teams/15023-2006-11-21-EN.pdf>

del JIT sea meramente puntual y no merezca la pena incluirlo en la composición del mismo.

Es habitual, por tanto, que la actividad de un JIT se lleve a cabo acompañado también del empleo de otros instrumentos basados en la MA. Cabe preguntarse si los componentes del Equipo podrían o no recurrir al uso de las más recientes medidas de cooperación basadas en el MR.

A priori, no existe obstáculo para que, en lugar de herramientas basadas en la MA a los que se refieren los diferentes informes de la JITNEN, los JIT hagan uso de los instrumentos fundamentados en el MR. La principal limitación a este aspecto es que alguno de los Estados que participen en el JIT no pertenezca a la EU y, por tanto, no esté obligado por la FD o por la Directiva que sirva de sustento legal a la medida de cooperación de que se trate.

No obstante, a tenor de los aspectos que se analizarán en capítulos posteriores, el verdadero impedimento estaría en aquellos casos en los que el Estado extracomunitario albergue la jurisdicción encargada de juzgar los hechos investigados. En este caso no sería posible recurrir a que dicho tercer Estado llevase a cabo medidas de cooperación que emanen del aparato legislativo de la EU, y con sustento en el MR.

Sin embargo, si se trata de la jurisdicción de un país de la EU que requiere a otro Estado miembro la ejecución de la legislación europea de cooperación procesal, no existe impedimento para que se ejecute lo dictado por la normativa. Es decir, se trataría de una más de las posibilidades de las que dispone un Estado miembro para obtener medios de prueba con origen en otro país de la EU.

En cualquier caso, cuando se requiera la colaboración de un Estado ajeno al JIT para la obtención de algún medio de prueba, ya sea a través de una herramienta basada en la MA o en el MR, en la solicitud correspondiente habrá de reflejarse hasta qué punto la información o los indicios que transfieran, podrán ser utilizados por cualquiera del

resto de países que componen el JIT para alcanzar los fines perseguidos por el Equipo, así como las restricciones que a tal efecto se acuerden.

A este respecto, un Estado miembro bien podría condicionar la ejecución de un acto de investigación basado en el MR, a que la información transmitida sólo fuese utilizada por otros Estados de la EU, sin perjuicio de que el JIT en cuestión esté también compuesto por países extracomunitarios.

Por último, resulta interesante considerar que un intercambio de información entre autoridades nacionales puede hacer aflorar la necesidad de constituir un JIT con un fin común y que agilice el intercambio de información entre las diferentes investigaciones²³⁹.

V. VALORACIÓN DE LA EFICACIA A JUDICIAL Y POLICIAL DE LOS JIT

Desde un punto de vista judicial, puede concluirse que los JIT constituyen una herramienta plenamente válida para la circulación de pruebas en el ámbito penal dado que, una vez constituido el JIT, las fuentes de prueba obtenidas en un territorio ajeno pueden emplearse con altas garantías de eficacia en un proceso que tenga lugar en otro Estado.

No obstante, tal como se apuntaba anteriormente, cuenta con los inconvenientes propios de una medida basada en la MA y no el MR. Entre ellos, el principal, depender en demasía del consenso y el acuerdo constante entre los Estados participantes, lo que puede llegar a ralentizar y burocratizar en exceso la dinámica del proceso²⁴⁰. Además, la intervención del poder ejecutivo como se detallaba antes o incluso la posibilidad de que un JIT esté compuesto únicamente por personal de la administración, los aleja del ámbito jurisdiccional para adentrarlos en el mundo administrativo, algo no deseable

²³⁹ Hernández López, A., “Reflexiones en torno a la exclusión de los Equipos Conjuntos de Investigación en la Directiva 2014/41/UE”, en González Cano, M.I. (Coord.), *Orden Europea de Investigación y Prueba Transfronteriza en la Unión Europea*, ed. Tirant, 2019, p. 223.

²⁴⁰ El 20% de los JIT evaluados en el Segundo Informe de Evaluación de los JIT, emitido por la JITNEN en febrero de 2018, tardó más de seis meses en constituirse. Sólo en el 8% de los casos, el acuerdo se alcanzó en menos de un mes.

cuando se trata de una medida de cooperación judicial. Esta dependencia del poder administrativo, propio de una medida de cooperación basada en la MA, supone uno de los puntos débiles de los JIT²⁴¹.

A pesar de los inconvenientes mencionados, actualmente los JIT constituyen la herramienta más versátil para la cooperación judicial-policial en el ámbito de la EU. Se han incorporado con naturalidad al elenco de instrumentos con los que cuenta un investigador que trata de esclarecer un hecho de naturaleza penal y con trascendencia internacional²⁴².

Atendiendo a la experiencia de los participantes²⁴³, los JIT son un modo evolucionado y ágil de cooperación basada en la MA. Permiten tomar decisiones en el plano operativo de una manera más rápida que la que ofrecen otros instrumentos, aportando una cooperación en tiempo real.

Esta agilidad en la toma de decisiones en un corto periodo de tiempo y la posibilidad de coordinación operativa son fundamentales para luchar contra el crimen organizado, y suponen uno de los principales avances de los JIT respecto a otros mecanismos de cooperación basados en la MA. En contraste, el intercambio de comisiones rogatorias no supone una vía que aporte soluciones cuando la necesidad de compartir información o realizar actos de investigación es casi ilimitada²⁴⁴. En este sentido, los JIT suponen una mejora ostensible de los mecanismos tradicionales de investigación transfronteriza.

Además de esta agilidad operativa, desde el punto de vista policial, resultan especialmente interesantes las conclusiones que aporta el informe relativo a los JIT

²⁴¹ Entre otros autores, Spapens, T., “Joint Investigation Teams in the European Union: Article 13 JIT and the Alternatives”, *European Journal of Crime*, nº 19, 2011, p. 259.

²⁴² A modo de indicador del incipiente crecimiento del número de JIT, EUROJUST financió la actividad de 25 JIT durante el año 2010, mientras que en el año 2018 habían pasado a ser 128 los Equipos que recibieron apoyo de la agencia europea.

²⁴³ Joint Investigation Teams National Experts Network, *Second JIT Evaluation...*, *op. cit.*

²⁴⁴ SPAPENS, T., “Joint Investigation Teams in the European Union: Article 13 JIT and the Alternatives”, *European Journal of Crime*, 2011, p. 247.

emitido en 2016 por la Unidad Técnica de Policía Judicial (UTPJ) de la Guardia Civil²⁴⁵, confeccionado desde un punto de vista operativo. En la evaluación que dicho órgano hace de los JIT, destacan las siguientes posibilidades que aportan dichos Equipos, como:

- Compartir información con otro Estado Miembro directamente sin la necesidad de solicitud de asistencia judicial recíproca (como material electrónico requisado, archivos, documentos, etc.).²⁴⁵
- Solicitar medidas investigativas, incluso coercitivas, entre miembros del equipo directamente, prescindiendo de la necesidad de solicitud de asistencia legal mutua.
- Estar presente en entradas y registros, entrevistas, etc., en todas las jurisdicciones implicadas, ayudando a superar las barreras de las diferencias de idiomas, etc.²⁴⁵
- Coordinar esfuerzos sobre el terreno, e intercambiar conocimientos entre especialistas de manera informal.²⁴⁵
- Recibir apoyo directo y asistencia de EUROPOL y EUROJUST.²⁴⁵
- Solicitar financiación para la investigación.

La UTPJ también lleva a cabo una interesante labor de control estadístico que da buena muestra del uso que la Guardia Civil hace de los JIT. Según los datos que constan en sus bases, sólo en 2018 la Guardia Civil había participado en cinco JIT de temática variada.

También llama la atención el pronóstico que hacen los analistas de la UTPJ sobre el futuro de los JIT. En líneas generales consideran que el empleo de los JIT podría decrecer como consecuencia de un mayor uso de la EIO, a la que se dedica el siguiente capítulo de este trabajo. En opinión de los oficiales de dicha Unidad, los JIT seguirán siendo de utilidad pero se orientarán más a la cooperación con terceros Estados.

²⁴⁵ UTPJ, Newsletter-RECI 01/2016. *Joint Investigations Teams*, 2016.

Por último, y como balance de la eficacia global desde un punto de vista jurídico y policial, puede concluirse que la obtención de los medios de prueba a través de los JIT puede considerarse eficaz, dado que la experiencia ha demostrado que aportan unas aceptables garantías de éxito²⁴⁶.

No obstante, las valoraciones vertidas por expertos de todo ámbito han de ponerse en relación con los instrumentos que existían antes de que existiesen herramientas que habilitasen a la constitución de los JIT. Es decir, los JIT son una excelente herramienta si se comparan con los medios que podían utilizarse antes de su existencia y que, básicamente, consistían en la emisión de comisiones rogatorias.

En este sentido, aun considerando el gran paso que constituyen en la compartición de la prueba penal transfronteriza, a lo largo de los apartados anteriores hemos comprobado que los JIT tienen importantes áreas de mejora. En nuestra opinión, abordar aspectos como reducir la excesiva dependencia de las condiciones que se fijan en el acuerdo de constitución o poner las reglas procesales a aplicar en relación con el concepto de un proceso equitativo, mejorarían ostensiblemente su eficacia tanto en el plano judicial como el policial.

VI. RECAPITULACIONES

Una vez identificadas y analizadas las cuestiones planteadas, hemos procedido a extraer las recapitulaciones más relevantes sobre los JIT que servirán de base para llevar a cabo las propuestas legislativas que se expondrán en el Capítulo VI y que constituyen el objetivo principal de este trabajo:

PRIMERA. Los JIT constituyen una herramienta ágil y versátil de obtención de medios de prueba. Permiten la compartición de elementos probatorios entre un amplísimo número de países, no están limitados a una tipología determinada de delitos y tampoco excluyen la realización de ningún tipo de acto de investigación. No obstante,

²⁴⁶ De los 74 JIT evaluados en 2017, sólo en 9 se recurrió la admisión de las pruebas obtenidas por el Equipo.

su funcionamiento a lo largo de los años ha puesto de manifiesto que presentan importantes áreas de mejora.

SEGUNDA. Actualmente, la constitución de los JIT se basa en un esquema normativo que adolece de cierta fragmentación y debilidad. Por un lado, se da la coexistencia del ECMACM 2000 y de la FDJIT, al menos hasta que la totalidad de los Estados miembros ratifiquen el Convenio y se derogue la FD. Por otro lado la norma que ha de persistir, el ECMECM 2000, fue aprobada y ratificada sobre un acuerdo de mínimos en el que no se da el necesario nivel de concreción.

TERCERA. La normativa que sustenta la creación de los JIT da prevalencia a la aplicación de la *lex loci* y al respeto de la soberanía nacional del país en el que se ejecuta el acto de investigación. No obstante, partiendo de esa base, muchas de las cuestiones fundamentales en su funcionamiento como las normas procesales aplicables, los delitos para los que se crea, la duración de su existencia o, en ocasiones, la elección de la jurisdicción en la que tendrá lugar la fase oral del proceso, quedan a expensas del acuerdo que firmen los Estados participantes en el momento de su creación o en revisiones posteriores de ese acuerdo. En este sentido, la elección de la legislación procesal aplicable puede influir decisivamente en la posterior admisibilidad de las pruebas obtenidas.

CUARTA. La agilidad operativa que ofrecen los JIT, en cuanto a la obtención de pruebas transfronterizas, supone una baza de gran valor en la lucha contra el crimen organizado. No obstante, buena parte de las posibilidades que ofrecen están supeditadas al principio de voluntad de los participantes. En ocasiones, esta excesiva dependencia del consenso y de la negociación puede malograr los resultados del Equipo. Consideramos que una hipotética reforma del tejido normativo que sustenta a los JIT debería estandarizar las líneas básicas de su configuración para conseguir, entre otros objetivos, una menor dependencia del acuerdo entre partes y un mayor automatismo.

QUINTA. La normativa que da sustento a los JIT establece que cada Estado determinará las autoridades encargadas de autorizar la creación de los Equipos. En muchos países, entre ellos España, estas autoridades pertenecen al poder ejecutivo. Esto se traduce, en determinadas circunstancias, en que una autoridad administrativa puede vetar a la autoridad judicial la práctica de una diligencia de investigación como es la creación de un JIT. Se genera, de este modo, una situación que quebranta no sólo el buen funcionamiento de los JIT, sino también la indispensable separación de poderes inherente a un Estado de derecho, con la obvia injerencia del plano ejecutivo en el ámbito judicial.

SEXTA. Las instituciones de cooperación judicial y policial, especialmente EUROJUST y EUROPOL, tienen un papel fundamental en el correcto funcionamiento de los JIT. Este apoyo se concreta en el apoyo operativo y en la financiación pero, sobre todo, en el asesoramiento procedimental y legal en la constitución de los Equipos. Entre los aspectos legales destaca la aportación en cuanto a las normas procesales que deben seguirse para aumentar las posibilidades de admisibilidad de los medios de prueba obtenidos. En estas funciones también tienen protagonismo los magistrados de enlace.

SÉPTIMA. Las cláusulas contenidas en el acuerdo de constitución referente al momento de revelación de la información dimanante de la investigación, pueden tener una importante incidencia en la misma o en otros procesos paralelos que tengan lugar en el ámbito nacional de otros Estados. Esta circunstancia podría evitarse si se estableciesen cláusulas que impidiesen revelar parte de la información obtenida por el JIT hasta el momento en que se inicie la fase oral del proceso que tenga lugar en cada uno de los Estados participantes. Por otra parte, este tipo de cláusulas podrían estar reguladas por una nueva norma que dé sustento a los JIT en sustitución de la regulación actual.

OCTAVA. Aunque no es frecuente que se deniegue la investigación de nuevos delitos que se descubran durante la actividad del Equipo, ajenos a los que originaron su creación, en vista a conseguir la futura admisibilidad de los medios de prueba obtenidos sería aconsejable que la definición de los delitos para los que se crean los

Equipos sea lo más amplia posible, para que puedan entenderse incluidos. Una posible solución a esta incidencia consistiría en crear JIT dedicados a una temática delictiva genérica. Este aspecto podría estar contemplado en una nueva regulación de los JIT.

NOVENA. La definición de unos estándares de protección de los derechos procesales comunes a todos los Estados de la EU, facilitaría la actividad de los JIT y reduciría el margen que se deja al acuerdo y al principio de buena voluntad. En concreto, haría más sencillo el establecimiento de las reglas procesales aplicables puesto que acercaría las diferencias existentes entre los diferentes países participantes. Todo ello aumentaría las posibilidades de admisibilidad de los indicios obtenidos en la posterior fase oral del proceso judicial. Además, consideramos que estos estándares comunes deberían estar recogidos en una norma cuyo cumplimiento estuviese bajo la jurisdicción del CJEU.

DÉCIMA. La participación de los miembros destinados es de gran importancia para la obtención de los medios de prueba que se encuentren en su país de origen y para la posterior eficacia de los medios obtenidos. En este sentido, además de cumplir la función de asesoramiento, es importante que estén presentes en los actos de investigación para aumentar las posibilidades de admisibilidad. Entre otros aspectos, pueden facilitar la reproducción de la prueba en el proceso oral. En consecuencia, consideramos que la presencia en la práctica de los actos de investigación de los miembros destinados no sólo es aconsejable, sino que debería ser preceptiva en la mayoría de las ocasiones y en ningún caso debería estar vetada.

DÉCIMA PRIMERA. La existencia de un JIT no excluye la necesidad, ni la posibilidad, de recurrir a otras medidas de cooperación procesal penal. Aunque la experiencia habla de la utilización frecuente de otras medidas basadas en la MA, nada impide que en el futuro se recurra a instrumentos basados en el MR, con las limitaciones que impone el hecho de tratarse de normativa que solo obliga a los Estados miembros.

CAPÍTULO IV: LA ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ENTREGA Y SUS APLICACIONES EN LA OBTENCIÓN DE LA PRUEBA TRANSFRONTERIZA

Al comienzo del trabajo se estableció el objetivo principal del mismo, que se estructuró en cuatro objetivos concretos o sub-objetivos. En concreto, en el Capítulo IV abordaremos el tercero de estos cuatro objetivos parciales, consistente en identificar la Orden Europea de Detención y Entrega (EAW) como un instrumento válido para la obtención de la prueba transfronteriza así como los problemas que puedan surgir de su aplicación, analizar estos problemas desde un punto de vista crítico con el fin de obtener unas conclusiones coherentes y centradas en la obtención de pruebas, así como estar en disposición de aportar las propuestas legislativas de mejora que se formularán en el Capítulo VI

Sobre la EAW se han escrito innumerables trabajos de investigación, monografías y artículos. Sin embargo, son muy escasas las ocasiones en las que su normativa se ha analizado desde el punto de vista de la obtención de medios de prueba transfronterizos. Por ello, resulta de gran interés analizar esta posibilidad, accesoria pero no desdeñable, con la finalidad de evaluar la utilidad de este aspecto poco explorado de la EAW y que se orienta a la obtención de medios probatorios transfronterizos.

Con el objetivo de alcanzar el objetivo concreto del capítulo, el análisis de la EAW se estructura en seis apartados. En primer lugar se expondrán los motivos que dieron lugar a la creación de una herramienta como la EAW, así como los pormenores de la FD que le sirve de sustento normativo. Una vez alcanzado este punto, en segundo término, analizaremos detenidamente el funcionamiento del reconocimiento y ejecución de una EAW, afrontándolo desde varias perspectivas que nos aporten una visión completa de la misma. A continuación, en tercer lugar y en relación directa con el objetivo concreto del capítulo, examinaremos el valor probatorio de los medios de prueba obtenidos indirectamente a través de la aplicación de una EAW. En cuarto término, como claro indicador de la utilidad de la herramienta de cooperación, atenderemos a la valoración que hacen de la eficacia de la EAW aquellos profesionales del mundo judicial y policial que la utilizan cotidianamente como instrumento de trabajo. Para completar nuestro análisis de la EAW, en quinto lugar la pondremos en relación con la EIO como principal instrumento vigente de obtención de pruebas transfronterizas, dado que ambas normas podrían entrar en contacto en alguna de sus disposiciones. Por último, expondremos unas recapitulaciones que servirán de base para proponer las reformas que contribuyan a mejorar la compartición de pruebas transnacionales y que se expondrán en el Capítulo VI.

I. JUSTIFICACIÓN DEL CAPÍTULO

En el primer capítulo de este trabajo se estableció el objetivo principal del mismo, consistente en efectuar propuestas legislativas, o de otra índole, que contribuyan a mejorar la eficacia de los instrumentos de compartición de prueba, así como proponer reformas de la normativa existente que conduzcan al mismo fin. Con la finalidad de alcanzarlo, este objetivo principal se estructuró en cuatro sub-objetivos u objetivos concretos.

Así, en aplicación de la metodología planteada, el Capítulo IV tiene como objetivo concreto identificar la EAW como un instrumento de cooperación penal que también puede servir para transferir medios de prueba, así como los problemas que puedan

surgir de esta aplicación concreta. Una vez identificados, estos problemas se analizarán con un enfoque crítico con el fin de obtener unas conclusiones coherentes que nos permitan formular propuestas, legislativas o de otra índole, que contribuyan a mejorar la obtención de medios probatorios a través de la EAW.

A continuación pasaremos a exponer de manera pormenorizada cómo afrontaremos este objetivo concreto y cómo se distribuirá a lo largo del capítulo. En primer lugar, conviene aclarar por qué identificamos a la EAW como un instrumento de obtención de medios de prueba. Entre los mecanismos desarrollados para la conseguir elementos probatorios procedente de otros Estados, con frecuencia se olvida esta medida de cooperación cuya finalidad principal no es, en efecto, la cooperación para la obtención de pruebas transfronterizas.

No obstante comprobaremos que, en su vertiente de traslado de detenidos para ejercer acciones penales, la EAW puede ser empleada para la transmisión de medios de prueba. En este sentido el artículo 29²⁴⁷ de la FD de la EAW, sobre el que volveremos más adelante, habilita de manera expresa la posibilidad de que la entrega de la persona detenida lleve aparejada la entrega de objetos que pudiesen constituir una prueba del delito presuntamente cometido.

Así, consideramos que la valoración del conjunto de instrumentos de obtención de pruebas vigentes en la EU no podría considerarse rigurosa, ni cumplir con el objetivo principal de este trabajo, sin incluir un análisis de la EAW como vehículo para la

²⁴⁷ Artículo 29 Entrega de objetos

1. A petición de la autoridad judicial emisora o por propia iniciativa, la autoridad judicial de ejecución intervendrá y entregará, de conformidad con su Derecho interno, los objetos:
 - a) que pudiesen servir como prueba, o
 - b) que posea la persona buscada como resultado del delito.
2. Los objetos a que se hace mención en el apartado 1 deberán entregarse aun cuando la orden de detención europea no pueda ejecutarse debido al fallecimiento o la evasión de la persona buscada.
3. Si los objetos a que se hace mención en el apartado 1 fueren susceptibles de embargo o comiso en el territorio del Estado miembro de ejecución, éste podrá, si dichos objetos son necesarios para un proceso penal en curso, retenerlos temporalmente o entregarlos al Estado miembro emisor, a condición de que sean devueltos.
4. Se mantendrán todos los derechos que el Estado miembro de ejecución o terceros puedan haber adquirido sobre los objetos a que se hace mención en el apartado 1. Cuando dichos derechos existan, el Estado miembro emisor deberá devolver los objetos sin cargo alguno al Estado miembro de ejecución, lo antes posible una vez terminado el proceso.

circulación de elementos probatorios transnacionales.

Al hilo de la necesidad de llevar a cabo este análisis y en relación al modo de enfocarlo, para una mejor comprensión de lo expuesto en el capítulo conviene aclarar que la obtención de medios de prueba en este ámbito depende, en su totalidad, de que la EAW pueda ejecutarse. Es decir, si la EAW consigue ejecutarse con éxito, cabe la posibilidad de que pueda obtenerse una prueba procesalmente eficaz. En caso contrario, si el reconocimiento y ejecución de la Orden se malogran, resultará inviable el traslado de los elementos que pudieran constituir piezas de convicción.

Por este motivo, aunque en ocasiones el análisis realizado puede parecer generalista y distanciado de lo estrictamente concerniente a la circulación de pruebas transfronterizas, en todo momento hay que tener presente que aquello que afecta al funcionamiento de la EAW desde un punto de vista general, también incide indisolublemente en la posible consecución de medios probatorios que pudieran obtenerse a través de la misma.

Una vez expuesta la necesidad del análisis de la EAW y el enfoque que se dará al mismo, especificaremos el modo en que se llevará a cabo y cómo se ha sistematizado en los seis apartados siguientes. En el primero de estos apartados, se detallará el concepto que guió la creación de la EAW y la situaremos en su marco legal, para comprender mejor las características que la definen así como las peculiaridades que ofrece su principal fuente normativa.

A continuación, en el segundo apartado, se desgranará el funcionamiento de la EAW con especial atención a los cuatro aspectos que influyen decisivamente en su ejecución y de cuyo examen podremos deducir áreas de mejora que orienten nuestras conclusiones.

Dentro de estas cuatro claves de su funcionamiento, en primer lugar nos detendremos en los motivos que pueden llevar a la denegación de su ejecución porque

resultan trascendentales para el éxito de la ejecución de la EAW y comprobaremos que cuentan con el nivel de concreción propio de una herramienta basada en el MR.

En segundo término, detallaremos las particularidades de la aplicación del principio de especialidad, con la incidencia que tiene en la admisibilidad de los medios de prueba obtenidos.

Como tercer punto de vista complementario que puede ayudarnos a conocer el funcionamiento de la EAW, detallaremos el modo en que se ejecuta una EAW cuando España es el país receptor. No cabe duda de que esta visión sería mucho más amplia si se hubiese analizado también el modo en que ejecutan la EAW en el resto de Estados miembros, no obstante este planteamiento excederían la extensión y el universo de estudio de nuestro trabajo.

Como cuarto y último de los puntos de vista que componen este apartado dedicado al funcionamiento de la EAW, nos detendremos en el papel que tienen en su funcionamiento tanto EUROJUST como la Red Judicial Europea (EJN). En este sentido, conocer la implicación de estas organizaciones en el funcionamiento nos situará en posición de identificar aspectos a mejorar, así como a valorar la conveniencia de aportar reformas en cuanto a la intervención de las mismas.

Una vez expuestos los aspectos anteriores, básicos para determinar los pormenores que influyen en el buen funcionamiento de la EAW, nos centraremos en el tercero de los apartados, dedicado al valor probatorio de la información o los objetos obtenidos a través de la ejecución de este instrumento. Este punto tiene relación directa con la consecución de los objetivos del trabajo, puesto que su estudio debe conducirnos a extraer conclusiones que nos lleven a proponer reformas que mejoren la admisibilidad de las pruebas transfronterizas.

A continuación, el cuarto apartado se dedicará a aportar una valoración de la aplicación de la EAW por parte de quienes la emplean con frecuencia en el transcurso de sus investigaciones, ya sea desde el plano policial o desde el judicial. Esta valoración

estará apoyada en datos estadísticos y en los informes emitidos por las organizaciones que participan de su funcionamiento.

Como quinto apartado, introduciremos una novedosa comparación entre la EAW y la EIO. Estas dos normas, de origen y propósito diferente, comparten ciertos puntos coincidentes relativos al traslado de detenidos para llevar a cabo acciones penales y a sus derivadas con respecto a la obtención de medios probatorios.

Todos los apartados mencionados darán lugar una serie de recapitulaciones, sobre las que se sustentarán las propuestas de mejora que constituyen el objetivo concreto de este capítulo y el principal del trabajo en su conjunto.

II. CONCEPTO Y REGULACIÓN

Una vez argumentada la justificación del trabajo, en este apartado comenzamos el análisis de la obtención de pruebas transfronterizas a través de la EAW. En concreto, a continuación se detallará el concepto que guió la creación de la EAW y la situaremos en su marco legal, para comprender mejor las características que la definen así como las peculiaridades que ofrece su principal fuente normativa.

La EAW surge como una necesidad de sustituir entre los Estados miembros el proceso tradicional de extradición, tradicionalmente complejo y lento, por otro mucho más ágil y simplificado, que gozara de las ventajas del MR. En términos generales, podemos decir que la EAW es una resolución dictada por una autoridad judicial de un Estado miembro con el fin de solicitar a otro país de la EU la detención y entrega de una persona bien para juzgarla por un hecho delictivo o bien para ejecutar una pena o medida de seguridad privativa de libertad²⁴⁸.

En cuanto a su sustento normativo, la Decisión Marco de la Orden Europea de

²⁴⁸ Cedeño Hernán, M., “La orden de detención y entrega europea. Especial consideración del non bis in ídem como motivo de denegación”, en Armenta Deu, T. (Coord.), *El derecho procesal penal en la Unión Europea. Tendencias actuales y perspectivas de futuro*, ed. Cóllex, 2006, p. 79.

Detención Europea²⁴⁹, en lo sucesivo la FDEAW, constituye el primer reflejo práctico y relevante del principio de MR, consagrado en el Consejo de Tampere. Precisamente por estar basada en este principio y por lo efectiva que ha resultado, la EAW ha supuesto un patrón de éxito que puede servir como referencia para otras normas del ámbito de la cooperación procesal penal en la EU.

De hecho, en el giro que la Unión Europea decidió dar desde los mecanismos basados en la MA, hacia los sustentados en el principio de MR, la FD que dio lugar a la EAW se considera como el paradigma o ejemplo a seguir para el resto de medidas basadas en ese concepto.

A la vista de la finalidad perseguida por la EAW, la detención y entrega de una persona buscada para el ejercicio de acciones penales o para el cumplimiento de una condena que implique la privación de libertad, hay que recordar que los objetivos de este trabajo están enfocados a la compartición y admisibilidad de los medios de prueba en el ámbito penal.

En consecuencia, puede afirmarse que los aspectos de la FD relativos al cumplimiento de sentencias firmes quedan fuera del ámbito de estudio que nos ocupa. Y ello porque, en esos casos, la fase de investigación está ampliamente superada y por tanto no se producen intercambios de indicios, ni tiene sentido análisis alguno de la incidencia de la EAW sobre la admisibilidad de los mismos.

No obstante, cuando el objetivo de la EAW es acceder al sospechoso para el ejercicio de acciones penales, cabe la posibilidad de que este requerimiento se lleve a cabo en la fase de investigación. Al mismo tiempo, en el momento de la detención por parte del Estado requerido, es habitual que el sujeto porte objetos o información que pudiesen tener valor probatorio.

En definitiva, aunque no fueran el motivo principal para su creación, no pueden

²⁴⁹ Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden europea de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados Miembros. Fue modificada por la FD 2009/299/JAI, el análisis realizado en este capítulo se basa en la versión consolidada.

obviarse las posibilidades que presenta la EAW para la obtención de medios de prueba transfronterizos. Por este motivo, el análisis de la EAW que se lleva a cabo en este capítulo se centrará en aquellos aspectos de la misma que resulten relevantes para su correcta ejecución, pero siempre atendiendo a su vertiente investigadora.

Para este análisis, conviene poner la EAW en el contexto de su creación y de los instrumentos que la precedieron. Tradicionalmente, la extradición ha sido el instrumento clásico que ha permitido iniciar o continuar un proceso penal, o ejecutar una pena privativa de libertad sobre un sujeto que se encuentra en territorio de otro Estado. Su fundamento jurídico se ha basado en la existencia de Acuerdos o Tratados, generalmente bilaterales y, en ausencia de estos, en el principio de reciprocidad.

En lo que respecta al ámbito europeo, las fuentes legales originarias de la extradición fueron el Convenio Europeo de Extradición, firmado en París el 13 de diciembre de 1957 y sus protocolos adicionales de 15 de octubre de 1975 y de 17 de marzo de 1978, surgidos en el seno del Consejo de Europa con el objetivo de establecer reglas uniformes en el ámbito de la extradición.

Posteriormente, se adoptaron diversos Convenios con los que se perseguía mejorar y simplificar la extradición. Entre ellos podemos destacar el SA, el Convenio relativo al procedimiento simplificado de extradición entre países de la Unión Europea, hecho en Bruselas el 10 de marzo de 1995, y el Convenio relativo a la extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Dublín el 27 de septiembre de 1996.

Son muchos los problemas suscitados por el proceso tradicional de extradición y ni siquiera los intentos mencionados consiguieron paliarlos en el ámbito Europeo. Entre los inconvenientes que presentaba, todavía presentes en procesos en los que intervienen países ajenos a la EU, destacan dos. Por un lado, la excesiva demora temporal provocada al dejar todas las cuestiones procesales a merced de los ordenamientos jurídicos nacionales y, por otro, el gran margen de discrecionalidad

política a la hora de decidir sobre las solicitudes de extradición²⁵⁰. Esto provoca que los procedimientos se alarguen en demasía y que a la hora de decidir sobre la procedencia o no de una medida, se valoren criterios de reciprocidad, soberanía, u orden público, en lugar de los puramente jurídicos de legalidad y proporcionalidad.

Todo ello resaltó la necesidad de mejorar o sustituir, como al final fue el caso, el sistema de extradición en el ámbito de la Unión Europea. Con el eje fundamental del principio del MR²⁵¹ y con el impulso indeseado de los atentados de Nueva York, ocurridos en 2001, el 13 de junio de 2002 el Consejo de la Unión Europea adoptó la citada FD²⁵², relativa a la EAW, comúnmente conocida como Euroorden.

La Euroorden surgió con la pretensión de sustituir a cualquier instrumento anterior que estuviese enfocado a facilitar la extradición entre Estados miembros y se fundamenta en el contacto directo entre autoridades judiciales.

Esta naturaleza jurídica, como mecanismo sustitutivo de la extradición, no ha sido pacífica en el fuero doctrinal. Numerosos autores no ven ese carácter de sustitución, sino que consideran que las EAW suponen un sistema alternativo de entrega de personas²⁵³, opinión que no compartimos por razones puramente empíricas. En este sentido, actualmente no es realista afrontar un proceso de extradición entre dos

²⁵⁰ Bellido Penedés, R., *La extradición en derecho español, normativa interna y convencional: Consejo de Europa y Unión Europea*, ed. Cívitas, 2001, p. 87.

²⁵¹ En concreto, el origen de la fundamentación de la FD en el RM radica en las conclusiones de Tampere, y en más directamente en el Programa de medidas destinado a poner en práctica el MR de las resoluciones en materia penal en la EU, adoptado por el Consejo el 30 de noviembre de 2000.

²⁵² Este tipo de norma, la Decisión Marco, derogada por el Tratado de Lisboa, buscaba la aproximación de las disposiciones legales y reglamentos de los Estados miembros. Carecía de efectos directos y obligaba a los Estados a conseguir unos mismos resultados dejando cierta libertad en los medios utilizados. Para Cedeño Hernán, M., “La Orden de detención y entrega europea. Especial consideración”, la elección de esta fórmula no es casual y responde a un intento de superar las numerosas dificultades que el proyecto tuvo que superar en su evolución. Obtenido de: Cedeño Hernán, M., “La orden de detención y entrega europea. Especial consideración del non bis in ídem como motivo de denegación”, en Armenta Deu, T. (Coord.), *El derecho procesal penal en la Unión Europea. Tendencias actuales y perspectivas de futuro*, ed. Cóllex, 2006.

No obstante, otros autores como Marcos Francisco tachan el instrumento de poco democrático, porque su aprobación no requería la intervención del Parlamento, y porque no era recurrible ante el ECHR ni la transposición incorrecta a los ordenamientos nacionales, ni la falta de tal trasposición. Obtenido de: Marcos Francisco, D., “De la extradición a la Orden Europea de Detención y Entrega, primer instrumento de cooperación judicial internacional en materia penal en el ámbito de la Unión Europea”, *Cuadernos de Derecho Público*, nº 27, 2006.

²⁵³ Martín Martínez, M.M., “La Implementación y aplicación de la Orden Europea de Detención y Entrega: luces y sombras”. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 10, 2006.

Estados miembros, aplicando ningún otro instrumento que no sea la EAW por lo que, de facto, ha sustituido a la extradición tradicional.

Por la naturaleza de la norma, una FD que requería transposición a los diferentes ordenamientos nacionales para entrar en eficacia, la puesta en marcha de la EAW no fue sencilla. La necesaria transposición generó numerosos conflictos de diversa índole, a modo de ejemplo, en varios países era inconstitucional la entrega de nacionales²⁵⁴. Estos problemas, además, no fueron exclusivos de los primeros momentos, sino que algunos persisten a día de hoy. Las diferentes posturas de los Tribunales Constitucionales también han contribuido a generar ciertas disfunciones, si bien han ido siendo corregidas a través de las cuestiones prejudiciales planteadas al ECHR²⁵⁵.

En España la transposición de esta FD se tradujo en 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. La primera de estas leyes fue derogada por la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Penales en la Unión Europea, que dedica su Título II a esta materia.

Dichas normas vienen a complementar, en nuestro país, a la tradicional Ley de Extradición pasiva²⁵⁶, que se sigue aplicando cuando el país que solicita de España la extradición no pertenece a la Unión Europea.

Abundando en el concepto, puede decirse que la EAW es un mecanismo que sustituye las múltiples herramientas que existían para llevar a cabo la extradición, a través de una resolución dictada por una autoridad judicial de un Estado miembro de la Unión Europea con el fin de solicitar a otra autoridad, de la misma naturaleza y de otro Estado miembro, la detención y entrega de una persona, ya sea para juzgarla por un hecho delictivo o para ejecutar una pena o medida privativa de libertad.

²⁵⁴ Tal era el caso, entre otros Estados, de Polonia o de Chipre.

²⁵⁵ Martín Martínez, M.M., “La Implementación y aplicación de la Orden Europea de Detención y Entrega: luces y sombras”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 10, 2006.

²⁵⁶ Ley de extradición pasiva 4/1985 de 21 de marzo de 1985 de Extradición pasiva.

El fin primordial que persigue la EAW es la sustitución de procedimientos ya existentes, por otro más sencillo y ágil. Busca, a través del principio de MR y de la simplicidad, conseguir que el proceso tradicional de extradición, con los inconvenientes antes descritos, sea sustituido por un mecanismo unificado y eficaz. Siempre, claro está, que el procedimiento se lleve a cabo entre Estados de la Unión Europea. De hecho, puede considerarse a la FD de la EAW como el primer instrumento eficaz basado en el MR, en el ámbito de cooperación penal²⁵⁷. En este sentido algunos autores argumentan que la EAW no supuso sólo una reforma de carácter formal o terminológico, sino también de carácter material y conceptual²⁵⁸.

En esta línea de innovación conceptual, cuando más adelante en el Capítulo V se trate el tema de la Orden Europea de Investigación, podrán observarse ciertos paralelismos entre ésta y la EAW. Las semejanzas no radican en el objeto de ambas normas que aun contando con ciertos puntos coincidentes, son claramente diferenciables sino en la búsqueda común de los conceptos de simplificación y agilidad.

En la EAW, ambos objetivos, la simplificación y la agilización se buscan mediante la aprobación de un documento único para solicitar la detención y entrega de un individuo en cualquier Estado de la Unión, el establecimiento de unos plazos máximos de ejecución y decisión y, por último, la delimitación de los motivos de denegación al mínimo posible.

Otro de los aspectos generales que define a la EAW radica en el contacto directo entre autoridades judiciales, con la consiguiente ventaja en cuanto a aceleración del proceso y, sobre todo, respecto a la eliminación de los inconvenientes en términos de oportunidad política que solían surgir en las extradiciones tradicionales.

A este respecto, aunque el artículo 7 de la FD²⁵⁹ contempla la designación de una

²⁵⁷ Gavilán Rubio, M., “La cooperación judicial y policial europea. La orden europea de detención y entrega”. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, nº 47, 2014.

²⁵⁸ Jimeno Bulnes, M., “La orden europea de detención y entrega: aspectos procesales”, *La Ley*, nº 5979, 2004.

²⁵⁹ Artículo 7

autoridad central, queda claro que sus funciones son las de auxilio a las autoridades judiciales competentes, en aspectos como la transmisión y recepción administrativas de las órdenes así como de toda la correspondencia oficial relacionada con ellas²⁶⁰.

III. ANÁLISIS DEL FUNCIONAMIENTO DE LA EAW

A continuación se detallarán las particularidades que explican cómo los aspectos generales que se han expuesto en el apartado anterior, se traducen en el funcionamiento de la Euroorden. A través del conocimiento en profundidad y, desde un punto de vista crítico, del funcionamiento de la EAW podremos estar en disposición de detectar áreas de mejora que nos lleven a proponer reformas que den por cumplido el objetivo concreto de este capítulo.

Al hilo del análisis del funcionamiento de la EAW, uno de los rasgos que hacen especialmente interesante este mecanismo de cooperación y que supuso un gran avance es su naturaleza judicial casi en puridad. Es decir, tanto la decisión de solicitar como la de ejecutar la detención recae exclusivamente en órganos jurisdiccionales, o en el Ministerio Fiscal, pero en ningún caso en las autoridades políticas²⁶¹. El papel de las autoridades administrativas queda relegado al de mero auxilio a los órganos

1. Cada Estado miembro podrá designar una autoridad central o, si su ordenamiento jurídico lo dispone, varias autoridades centrales para que auxilien a las autoridades judiciales competentes.

2. Un Estado miembro podrá decidir, si es necesario debido a la organización de su ordenamiento jurídico interno, confiar a su autoridad o autoridades centrales la transmisión y recepción administrativas de las ordenes de detención europeas, así como de toda correspondencia oficial relacionada con ellas.

El Estado miembro que desee hacer uso de las posibilidades contempladas en el presente artículo comunicará a la Secretaría General del Consejo la información relativa a la autoridad o autoridades centrales. Estas indicaciones serán vinculantes para todas las autoridades del Estado miembro emisor.

²⁶⁰ Rodríguez Benot, A., “La decisión marco del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros”. Revista Española de Derecho Internacional. Núm. LIV-2, julio 2002.

²⁶¹ Así se deduce en el primer artículo de la Decisión Marco:

1. La orden de detención europea es una resolución judicial dictada por un Estado miembro con vistas a la detención y la entrega por otro Estado miembro de una persona buscada para el ejercicio de acciones penales o para la ejecución de una pena o una medida de seguridad privativas de libertad.

2. Los Estados miembros ejecutarán toda orden de detención europea, sobre la base del principio del reconocimiento mutuo y de acuerdo con las disposiciones de la presente Decisión marco.

3. La presente Decisión marco no podrá tener por efecto el de modificar la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales consagrados en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea.

judiciales²⁶².

Como consecuencia directa, el proceso gana en fiabilidad al reducir el margen de incertidumbre a la hora de decidir. Por tanto, la decisión de emitir o ejecutar una EAW se debe adoptar observando, exclusivamente, los criterios jurídicos y el respeto de los derechos fundamentales de la persona reclamada, con especial atención al contenido de la ChFREU y del ECoHR.

También puede atribuirse a la citada FD el mérito de sortear el obstáculo tradicional que suponía, para la extradición tradicional, la no entrega de nacionales. Esta objeción, salvo contadas excepciones, ya no puede esgrimirse en el caso de las EAW.

Otra nota digna de mención respecto al funcionamiento de la EAW es la delimitación de los motivos de denegación, que se aclararán más adelante, entre los que destaca la eliminación del requisito de la doble incriminación.

La doble incriminación, sobre la que se volverá en el capítulo dedicado a la EIO, alude a la necesidad o no de que una conducta sea considerada delito en los dos países intervinientes para que la detención y entrega se lleve a cabo. En el caso que nos ocupa, la limitación que supone la observancia de la doble incriminación, se reduce considerablemente a evitar que dicho motivo de denegación se pueda invocar si el delito del que se trata aparece en el listado de 32 delitos contemplados por la FD y está castigado en el país de emisión con una pena máxima de, al menos, tres años. Es decir, el caso de denegación por ausencia de doble incriminación se limita considerablemente, a través del chequeo de una lista positiva de 32 delitos²⁶³.

²⁶² A este respecto, y en relación a la necesidad de la existencia previa de una orden de detención nacional a la emisión de una EAW, la sentencia del ECHR, de 1 de junio de 2016, nº C-241/15, caso *Bob-Dogi*, ha matizado que no puede considerarse que la orden de tención emitida por la policía nacional rumana no sea motivo suficiente para la posterior emisión de la EAW. Es decir, la Eurorden se ciñe al ámbito puramente judicial.

²⁶³ La atenuación del requisito de la doble incriminación en base al listado de los 32 eurodelitos ha sido cuestionado como una vulneración del principio de legalidad, ante la posibilidad de ser detenido y trasladado en base a una conducta que podría no ser delito en el estado en que reside el afectado. No obstante el ECHR, a través de su sentencia C-303/05 *Advocaten voor de Wereld*, determinó que aceptar una EAW relativa a los delitos que contiene el listado, sin control de la doble incriminación, no suponía

No obstante, este sistema de lista cerrada de delitos o categorías ha sido un aspecto ampliamente discutido en el plano doctrinal. En este sentido, no faltan autores que consideran que vulnera el principio de legalidad, por la definición genérica o ambigua que se da a las categorías delictivas de dicho listado y que obligan a acudir a la analogía, prohibida por el mencionado principio²⁶⁴. Alegan, como fundamento, que dichos delitos están sometidos a regulaciones muy dispares en los diferentes Estados miembros²⁶⁵.

No obstante, considerando la naturaleza de los delitos que contempla el listado, no compartimos que exista tal vulneración, por tratarse de conductas en cuya descripción básica existe el necesario consenso entre los diferentes Estados miembros²⁶⁶.

Por otro lado, la Decisión Marco impone lo que se conoce como límite punitivo y que consiste en fijar un requisito suelo, o umbral mínimo, relativo a la máxima condena que se contempla para los delitos que provoquen la emisión de una EAW. Así, si el objeto de la EAW es juzgar a una persona, será necesario que el delito que se le impute esté castigado, según la Ley del Estado emisor, con una pena o medida de seguridad privativa de libertad cuya duración máxima sea de al menos doce meses²⁶⁷.

una quiebra del principio de legalidad, atendiendo a la categoría a la que pertenecen, la gravedad de los mismos, y el modo en que afectan a la orden y seguridad públicas.

²⁶⁴ Marcos Francisco, D., “De la extradición...”, *op. cit.*

²⁶⁵ Arangüena Fanego, C., “Orden europea de investigación: próxima implementación en España del nuevo instrumento de obtención de prueba penal transfronteriza”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 58, 2017.

²⁶⁶ Aunque no es frecuente, es posible que existan casos en los que se deniegue la ejecución de una EAW por tratarse de un delito que no se encuentra en listado de los eurodelitos, ni es castigado en ambos Estados implicados. A este respecto, resulta interesante el caso que tuvo como protagonista al ex presidente de la Generalidad de Cataluña, Carles Puigdemont, huido primero en Alemania y posteriormente en Bélgica. En este caso, por parte del Tribunal Supremo, se emitieron sendas EAW a Bélgica y a Alemania, amparándose en los delitos de rebelión y, secundariamente, de malversación. Al margen de otro tipo de incidencias, que no guardan relación con el requisito de la doble incriminación, el Tribunal Regional Superior de Schleswig-Holstein (Alemania) en decisión de 12 de julio de 2018, acordó la entrega del reclamado por el delito de malversación, pero fue desfavorable a la entrega por el delito de rebelión, al considerar que éste último no se encuentra dentro de la categoría de delitos excluidos del control de la doble incriminación y que conforme al análisis de los hechos, no entendía concurrente el referido requisito. Afirmó el Tribunal que el reclamado no podría ser considerado autor de un delito de alta traición en Alemania por no entender suficiente o idónea la violencia producida para subvertir el orden constitucional español. Para más detalle sobre el caso, puede consultarse la Memoria de la Fiscalía General del Estado editada en 2019, páginas 937 y siguientes.

²⁶⁷ Como resumen de la aplicación de los plazos en el caso de la EAW, es causa de denegación facultativa cuando el delito no aparece en el listado de los 32 delitos o apareciendo, está castigado con

En cambio, si la EAW se emite con el fin de ejecutar una condena ya impuesta ese límite mínimo desciende a cuatro meses de privación de libertad. En consecuencia, puede darse la paradoja consistente en que una misma conducta delictiva no pueda dar lugar a una EAW cuando el objetivo de ésta es juzgar al presunto infractor, pero si pueda ser el origen cuando se trata de que el sujeto cumpla una condena ya impuesta por los mismos hechos.

A continuación, como parte del funcionamiento de la EAW, nos detendremos en aquellos cuatro aspectos que pueden tener una mayor repercusión en el éxito o fracaso de una Euroorden y, aplicado a los fines de este trabajo, en la posible obtención de medios de prueba y en la eficacia procesal de los mismos.

En primer lugar, se analizarán los motivos de denegación, obligatorios o potestativos, que puede alegar el Estado de recepción para no acceder a la ejecución de una EAW y, por tanto, a la consecución y traslado de los objetos que puedan resultar probatorios. También se revisará, en segundo término, la aplicación del principio de especialidad como limitador del ámbito de aplicación de una EAW concreta y materializado en la especificidad del delito originario para el que se emite.

Como tercer tema a tratar dentro de este apartado, nos detendremos en el papel que tienen dos organizaciones como EUROJUST y la Red Judicial Europea, en el funcionamiento de la Euroorden. Por último, analizaremos el modo en que una EAW se ejecuta en nuestro país, cuando España es el Estado receptor.

penas de prisión máxima superiores a tres años en el Estado de emisión. Hasta aquí los plazos solo afectan al reconocimiento y ejecución de la EAW.

En lo que respecta a la emisión, si tiene por fin juzgar a un sujeto la pena que castiga el delito debe ser de al menos 12 meses de prisión. Por el contrario, si el fin de la EAW es que el sujeto cumpla condena, no se podrá emitir si dicha condena es inferior a cuatro meses. Como se ve, estos casos afectan a la emisión.

1. Motivos de denegación

Antes de abordar el estudio de los motivos de denegación para la ejecución de una EAW, conviene ponerlos en relación con el objetivo concreto de este capítulo, es decir con la evaluación de la EAW como vehículo de transmisión de medios probatorios. Esta relación es directa y puede resumirse en que, si se deniega la ejecución de la EAW, también se frustra el intento de obtener los objetos que pueden tener valor probatorio.

En la definición de los motivos de denegación, los legisladores comunitarios buscaron el equilibrio entre la confianza mutua entre los diferentes Estados de la Unión Europea y el respeto al resto de valores, derechos e intereses en juego, particularmente afectos a la persona que va a ser objeto de esa detención y traslado. Este difícil equilibrio, como se verá, va a ser uno de los puntos más atacados en el resto de medidas que se han desarrollado y que tienen como base el MR, como es el caso de la Directiva de la EIO.

Conviene señalar que, en cualquier mecanismo que trate de facilitar y agilizar la cooperación judicial, la cantidad y definición de los motivos de denegación suponen un indicador de la eficacia y automatismo de la medida. Es decir, cuánto más delimitados estén estos motivos, mayor será el automatismo de la medida y menor será el margen que se dejará a la incertidumbre.

Haciendo gala de su sustento en el MR, la FD de la EAW parte de la base de que, como norma general, las citadas órdenes tienen que ser reconocidas y ejecutadas por defecto por el Estado receptor, salvo que se dé alguno de los motivos de denegación expresamente tasados o se incumplan alguno de los requisitos objetivos tasados en su articulado.

La FD establece una clasificación con tres grupos de motivos de denegación. El primero de ellos comprende los casos en que esa denegación es preceptiva, es decir, no dejan margen de maniobra a la autoridad de ejecución que está obligada a denegar

su ejecución, serían los siguientes casos:

- a. Cuando el delito en que se base la Orden esté amparado por una amnistía en el Estado ejecutante, siempre que éste fuese competente para juzgar el delito.
- b. Cuando la persona buscada ya haya sido juzgada por los mismos hechos en otro Estado de la Unión²⁶⁸.
- c. Cuando, de acuerdo con la legislación del Estado de ejecución, la persona reclamada no pueda ser responsable de los hechos en razón a su edad.

El segundo grupo de motivos de denegación lo componen aquellos en los que cabe una valoración facultativa de la Orden, previa a su ejecución. En estos casos, las autoridades jurisdiccionales del Estado receptor tienen la posibilidad, basada en fundamentos jurídicos, de ejecutar o no la Orden. Estaremos en esta situación en los siguientes casos:

- a. Ante la ausencia de la doble incriminación respecto a los delitos que no estén exentos del control de este requisito²⁶⁹.
- b. Cuando la persona esté sometida a un proceso penal en el Estado de ejecución por los mismos hechos²⁷⁰.
- c. Cuando el Estado ejecutante haya iniciado un proceso por los mismos hechos y haya decidido no continuar con la acción penal, o si esto mismo ha ocurrido en un tercer Estado.
- d. En caso de prescripción del delito o de la pena con arreglo a la legislación del

²⁶⁸ Al hilo de este motivo de denegación, resulta especialmente interesante la sentencia del ECHR C-261 *Mantello*, relativa a cuándo un delito puede considerarse ya juzgado, y a quién corresponde esa decisión. En la mencionada sentencia, Italia reclama a Alemania la entrega de uno de sus nacionales por un delito de tráfico de drogas. La posición mantenida por la autoridad judicial es que únicamente se había juzgado una parte de la actividad delictiva que llevaba a cabo el afectado dentro de una organización criminal. El dictamen del alto tribunal alude a que los hechos delictivos se consideran uno solo cuando son inextricablemente inseparables, y que la decisión acerca de si un delito debe considerarse ya juzgado debe adoptarse atendiendo a la legislación del país emisor.

²⁶⁹ En este punto recordamos que no podrán ser negadas invocando la doble incriminación aquellos delitos que pertenezcan al listado de 32 delitos y que estén castigados en el país emisor con una pena máxima de privación de libertad de tres años como mínimo.

²⁷⁰ Se hace aquí referencia explícita al principio del *ne bis in idem*, uno de los puntos polémicos en la elaboración de la PD de la OIE, como se verá más adelante. En el caso de la EAW, esta referencia y las que aparecen en los puntos siguientes borran cualquier atisbo de duda sobre el respeto de este instrumento de cooperación a este principio fundamental en el Derecho Penal.

Estado miembro de ejecución, siempre que, conforme a su ordenamiento, los hechos sean competencia de éste.

e. Si la persona buscada ha sido juzgada por los mismos hechos en un tercer Estado no miembro de la Unión Europea.

f. Cuando el requerimiento se emita para cumplir una condena de privación de libertad, el sujeto sea nacional o residente del Estado de ejecución, y éste Estado se comprometa a velar por el cumplimiento de la medida en su propio territorio.

g. Cuando la orden contemple infracciones que se hubieran cometido total o parcialmente en el Estado de ejecución, o bien, cuando se hayan cometido en un tercer Estado miembro y el Estado de ejecución no contemple su persecución allende sus fronteras.

El tercer y último de los grupos lo componen los que podrían denominarse motivos condicionales, en ellos se supedita la ejecución de la detención al cumplimiento por parte del Estado de emisión de alguna condición. Los casos son los siguientes:

a. En el caso de que la EAW tenga por objeto que se ejecute una pena de privación de libertad sobre un condenado en rebeldía y el afectado no haya sido notificado del lugar y fecha de la audiencia donde se dictó dicha sentencia. El Estado de ejecución podrá supeditar la entrega de la persona a que el Estado de emisión ofrezca al reo la oportunidad de un nuevo proceso en el que se garantice su derecho de defensa.

b. Cuando en el Estado de emisión, la infracción en que se basa la EAW esté castigada con pena privativa de libertad de cadena perpetua, el Estado de ejecución podrá supeditar la entrega del sujeto a que el país emisor tenga prevista la revisión de la condena, ya sea a los 20 años o previa petición del reo.

c. Cuando la Orden se emita con el fin de enjuiciar a un nacional o residente del Estado de ejecución, éste puede supeditar la entrega a que, una vez condenado, el reo cumpla la condena en su país.

Como puede comprobarse, a priori, los motivos de denegación están lo suficientemente tasados para considerar que la emisión de una EAW debería tener

francas posibilidades de llegar a buen término.

No obstante, los supuestos de denegación que se han descrito en las líneas anteriores no pueden considerarse como un conjunto cerrado. El CJEU ha ido matizando alguno de ellos y también los ha ampliado a otras circunstancias en las que se ponen en juego derechos protegidos por la ChFREU. En concreto los derechos que han sido objeto de análisis por el Alto Tribunal han sido el derecho de audiencia, a un juicio justo en caso de juicios *in absentia* o a unas condiciones de reclusión adecuadas.

En referencia al matiz aplicado por el CJEU relativo al derecho de audiencia, queda plasmado principalmente en la sentencia del caso *Radu*²⁷¹, en el que un ciudadano rumano alegaba una quiebra al derecho de audiencia y a un proceso justo, por no haber a ver sido oído antes de la emisión de la EAW en el Estado de emisión, en este caso Alemania. La sentencia del Alto Tribunal argumentó que el Estado receptor no debía denegar la ejecución de una EAW por este motivo.

Respecto al equilibrio entre el derecho a un proceso equitativo y los casos en los que se juzga *in absentia*, resultan interesantes las conclusiones de la sentencia del caso *Melloni*²⁷². En líneas generales, el dictamen del CJEU determinaba que no es posible denegar una EAW argumentando que el inculcado no había estado presente en el juicio, aun cuando tuvo conocimiento de la celebración del mismo y estuvo defendido de manera efectiva por un abogado designado al efecto. En este caso, argumenta el CJEU, no procede denegar el cumplimiento de la EAW alegando un grado de protección de los derechos fundamentales superior al garantizado en el articulado de la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado.

En tercer lugar, como matiz del CJEU a los motivos de denegación, en la sentencia

²⁷¹ Sentencia del CJEU de 29 de enero de 2013, nº C-396/11, caso *Radu*.

²⁷² Sentencia del CJEU de 26 de febrero de 2013, nº C-399/11, caso *Melloni*, ya expuesta y analizada en el Capítulo II de este trabajo.

del caso *Aranyosi y Caldaru*²⁷³, el Alto Tribunal confirma la posibilidad de denegar la ejecución de una EAW cuando las condiciones de reclusión en las que iban a permanecer los detenidos vulneraba la prohibición de tratos inhumanos o degradantes, reflejada en el artículo 4 de la CHFREU. Estas sentencias sientan, a nuestro juicio, un precedente que pone en peligro ciertos aspectos inherentes a principio del MR. Así, si un Estado pone en duda las condiciones de reclusión en las que va a estar el detenido, por el mero hecho de la desconfianza prejuzgada hacia el Estado requirente, quedaría patente la quiebra de la filosofía que guía a las herramientas de cooperación basadas en el MR.

Para finalizar este apartado, una vez analizados los motivos de denegación, conviene recalcar que debido a que la aprobación de una FD requería la unanimidad del Consejo, los motivos de denegación fueron objeto de intensos debates durante su elaboración y han seguido siendo objeto de numerosas objeciones desde el punto de vista doctrinal. Valga como ejemplo el punto de fricción provocado por la configuración del listado de los 32 tipos delictivos, en los que Italia se negaba a incluir el fraude y la corrupción, como también se rehusaba la entrega condicional que afectaba a los condenados por rebeldía.

2. El principio de especialidad

A continuación nos detendremos en otro aspecto del funcionamiento de la EAW, como es la aplicación del principio de especialidad, que tiene relación directa con la admisibilidad de los elementos probatorios que se pueden obtener a través de su ejecución.

El artículo 27 de la FDEAW contempla que ninguna persona podrá ser entregada o privada de libertad por una infracción cometida antes de la recepción de la Orden y que sea diferente a la que ha motivado la entrega. Esta cláusula, conocida como principio de especialidad, afecta de igual manera a los medios de prueba que hubiesen podido obtenerse, asunto sobre el que se volverá más adelante.

²⁷³ Sentencia del CJEU de 5 de abril de 2016, nº C-404/15, caso *Aranyosi y Caldaru*.

La cuestión sobre qué puede considerarse una infracción diferente a la que originó la emisión de la EAW, ha sido concretada por el CJEU que considera como determinante que difieran los elementos esenciales que definen el tipo, de acuerdo con la descripción legal del mismo²⁷⁴. En este sentido, a modo de ejemplo, no puede alegarse una vulneración del principio de especialidad cuando la EAW se emite con motivo de la investigación de un caso de tráfico de heroína y, posteriormente, se verifica que la sustancia objeto del tráfico ilícito es otra droga o sustancia estupefaciente.

El principio de especialidad contempla una serie de excepciones. Entre ellas, los Estados pueden notificar que renuncian a su aplicación cuando la interacción tenga lugar con otros países que también hayan realizado dicha notificación, es decir, que exista reciprocidad en dicha renuncia²⁷⁵. De acuerdo con esta renuncia, ambos países podrían aprovechar el traslado de un detenido que resida en Estado recíproco, motivado por un delito concreto, para juzgarle o llevar a cabo acciones penales por otros hechos ocurridos con anterioridad a la recepción de la EAW.

Así, en aquellos casos en los que cada uno de los dos países implicados en la ejecución de la EAW hubiesen notificado al otro su renuncia a la aplicación del principio de especialidad, se podría aprovechar la entrega del detenido para juzgarle o llevar a cabo acciones penales relacionadas con la comisión de delitos diferentes del que originariamente motivó la emisión de la EAW.

Con independencia de la citada notificación, además, el artículo 27.3 de la FD enumera un elenco de casos en los que no es aplicable el principio de especialidad, esto es, el detenido puede permanecer privado de libertad o ser sometido a acciones penales por motivos diferentes a la presunta comisión del delito por el que ha sido trasladado:

²⁷⁴ Entre otras, sentencia del CJEU de 1 de diciembre, nº C-388/08, caso *Leymann y Pustarov*.

²⁷⁵ En el momento de redactar este trabajo, sólo Estonia, Austria y Rumanía habían emitido dicha notificación.

- a. Cuando, habiendo tenido la oportunidad de salir del territorio del Estado miembro al que haya sido entregada, la persona no lo haya hecho en un plazo de cuarenta y cinco días desde su puesta en libertad definitiva, o haya vuelto a dicho territorio después de haber salido del mismo.
- b. Si la infracción que quedase fuera del propósito inicial de la EAW, no es punible con una pena o medida de seguridad privativas de libertad.
- c. En el caso en que el proceso penal no concluya con la aplicación de una medida restrictiva de la libertad individual de la persona.
- d. Cuando la persona esté sujeta a una pena o medida no privativas de libertad, incluidas las sanciones pecuniarias, o a una medida equivalente, aun cuando dicha pena o medida pudieren restringir su libertad individual.
- e. Cuando la persona hubiere dado su consentimiento a la entrega acompañado con la renuncia al principio de especialidad.
- f. Cuando la persona hubiere renunciado expresamente, después de la entrega, a acogerse al principio de especialidad en relación con determinadas infracciones anteriores a su entrega. La renuncia se efectuará ante la autoridad judicial competente del Estado miembro emisor, y se levantará acta de la misma con arreglo al Derecho interno de éste. La renuncia se efectuará en condiciones que pongan de manifiesto que la persona lo ha hecho voluntariamente y con plena conciencia de las consecuencias que ello acarrea. Con este fin, la persona tendrá derecho a la asistencia de un abogado.

En el procedimiento, también existe la posibilidad de solicitar al Estado de ejecución la no aplicación del principio de especialidad, siempre que la nueva infracción, distinta a la originaria, también pueda ser motivo ordinario de entrega de conformidad con lo dispuesto en la FD y que no se den ninguno de los motivos de denegación obligatoria tratados en el apartado anterior²⁷⁶.

En referencia a este último aspecto, y tal y como se apuntaba con anterioridad,

²⁷⁶ A modo de ejemplo, sería el caso en que, a raíz de la declaración de la persona que ha sido entregada, aparecen indicios de otra actividad criminal diferente de aquella que motivó la emisión y ejecución de la EAW. En ese caso si no se evita la aplicación del principio de especialidad, no podría enjuiciarse al afectado por estos hechos.

resulta importante distinguir hasta qué punto la infracción por la que se solicita la no aplicación del principio de especialidad es diferente de la originaria que motivó la entrega del sospechoso. En este sentido el CJEU dejó claro que, para entender que no existía una nueva infracción sino que se trataba de una extensión de la misma, era fundamental atender a que tuviese la misma tipificación en el Estado de emisión, admitiendo cambios en el tiempo y lugar de comisión que en ningún caso afecten a la naturaleza de la infracción²⁷⁷.

3. El papel de EUROJUST y de la Red Judicial Europea

En la línea de la consecución del objetivo concreto del capítulo, a continuación se expondrá la manera en que EUROJUST y la Red Judicial Europea (EJN) facilitan la ejecución de la EAW. El examen del modo en que estas organizaciones intervienen, puede conducirnos a proponer reformas, legislativas o de otra índole, que optimicen su actuación y mejorar así la obtención de la prueba transfronteriza.

Tanto EUROJUST como la EJN juegan un importante papel facilitador en la tramitación de las EAW. Sin ser, en ningún caso, los emisores o ejecutantes, ambas organizaciones cumplen funciones de asesoramiento que contribuyen al buen funcionamiento de la medida.

En lo que respecta a EUROJUST, dentro de su función general facilitadora de la cooperación judicial entre los Estados miembros²⁷⁸, la agencia europea asesora a los diferentes países en cuestiones como los criterios de prioridad cuando concurren varias EAW sobre un mismo sujeto.

También ejerce ciertas funciones de control de su funcionamiento dado que, como determina el artículo 17 de la FD, los Estados tienen el deber de comunicar y justificar a EUROJUST el incumplimiento de los plazos para el cumplimiento de una EAW.

²⁷⁷ Sentencia del CJEU, de 1 de diciembre, nº C-388/08, caso *Leymann y Pustarov*. Resumen disponible en: http://ec.europa.eu/dgs/legal_service/arrets/08c388_en.pdf

²⁷⁸ Definida por el artículo 3 de la Decisión 2002/187/JAI del Consejo, de febrero de 2002 (DO L 63 de 6.3.2002, p. 1).

Por otra parte, la EJM facilita abundante información a los participantes en la tramitación de una EAW. Buen ejemplo de ello es el Atlas Judicial Europeo²⁷⁹, donde una autoridad de emisión puede consultar, entre otros datos²⁸⁰, cuál es la autoridad de ejecución a la que va dirigida la Euroorden.

Otro de los documentos de interés, de consulta en la web de la EJM, es el conjunto de las denominadas “Fichas Francesas”²⁸¹, en las que pueden conocerse de manera rápida detalles prácticos de la aplicación de la FD en los diferentes Estados miembros.

4 La ejecución de una EAW en España

Nos detendremos ahora en analizar el proceso seguido para la ejecución de una EAW cuando España actúa como país receptor. A través del análisis del mecanismo de tramitación podrá valorarse, desde el punto de vista español, la agilidad y validez de la EAW para obtener y transmitir medios de prueba. De este modo, dispondremos de otro elemento de juicio que nos ayude a obtener conclusiones encaminadas a proponer reformas que contribuyan a mejorar el funcionamiento de la EAW y, en concreto, la obtención de medios de prueba a través de su ejecución.

La transposición a la legislación española de la FD de la EAW, está reflejada en la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea y en concreto en su Título II. Gran parte del articulado es una reproducción casi literal de la parte dispositiva de la FDEAW.

²⁷⁹ Puede consultarse en: http://www.ejm-crimjust.europa.eu/eaw_atlas.aspx

²⁸⁰ Entre otros datos, en el Atlas Judicial Europeo se puede consultar: datos de contacto de las autoridades de ejecución; lengua en la que debe dictarse la orden; plazo para la recepción del original de la orden a partir de la fecha de detención de la persona que ha de ser entregada, en caso de que la detención se haya efectuado a raíz de una descripción en el SIS; datos de contacto de las autoridades de emisión; y datos de contacto de las autoridades centrales y atribuciones de éstas (a efectos de recepción y transmisión de una EAW, ayuda a las autoridades competentes, solicitudes de tránsito, casos urgentes, etc.)

²⁸¹ Pueden consultarse en:
http://www.eurojust.europa.eu/doclibrary/EUROJUST-framework/Casework/Questionnaire%20on%20the%20impact%20of%20the%20CJEU%20judgments%20on%20the%20EAW%20%28June%202019%29/2019-06_Questionnaire-on-impact-of-CJEU-judgments-on-EAW_EN.pdf

A continuación recorreremos el camino que sigue una EAW cuando se recibe en nuestro país. El procedimiento descrito es el que podría considerarse como ordinario, sin entrar en las complicaciones que aparecen en numerosas ocasiones. Se han omitido, igualmente, todos los aspectos que se alejan de la posible obtención de medios de prueba como son aquellos relativos a la ejecución de sentencias ya dictadas.

Aunque la autoridad competente para la emisión de una EAW en España es el juez o tribunal que conozca de la causa, para su ejecución cuando nuestro país es el receptor de la misma, la autoridad competente es el Juez Central de Instrucción de la Audiencia Nacional²⁸².

Recibida la EAW, la primera actuación que debe llevar a efecto el Juzgado Central de Instrucción²⁸³ es comprobar si los hechos por los que se libra la Euroorden se encuentran o no incluidos dentro del listado de eurodelitos y si cumple los umbrales punitivos que contempla la FDEAW. En caso contrario se comprobarán los requisitos de doble incriminación que han sido mencionados con anterioridad, y en los que la legislación española no introduce novedad alguna²⁸⁴.

A continuación, el JCI ha de comprobar que no se dan ninguno de los motivos de denegación obligatoria que dispone la FDEAW y valorar el resto de aquellos cuya aplicación es potestativa.

Una vez descartada la existencia de alguno de los motivos de denegación contemplados en la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, se dispone que tanto la detención como la entrega de la persona requerida se hará de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Lograda, en su caso, la detención de la persona requerida se pondrá ésta a

²⁸² Artículo 35 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre.

²⁸³ De acuerdo con la LOPJ, en España, los Juzgados Centrales de Instrucción son competentes para investigar los delitos de terrorismo, contra la Corona, el narcotráfico a gran escala, los delitos económicos que causen grave perjuicio a la economía nacional, los cometidos por españoles en el extranjero, así como de las extradiciones y Euroórdenes.

²⁸⁴ Artículo 47 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre.

disposición del JCI²⁸⁵ en el plazo máximo de 72 horas, comunicándose este hecho a la autoridad judicial de emisión de la Euroorden.

El resto del procedimiento transcurre en términos muy similares a lo dispuesto en la FDEAW. En las 72 horas siguientes a haberse producido la puesta a disposición judicial del detenido, habrá de convocarse una comparecencia para que aquel pueda ser oído y a la que se citará a su abogado defensor, al Fiscal y en su caso a un intérprete²⁸⁶. Se informará al detenido de la existencia de la EAW determinante de su detención, de los derechos que le corresponden en su condición y de la posibilidad de consentir de manera irrevocable su entrega al Estado requirente.

El objeto de esta comparecencia es doble: por una parte, conocer si el detenido consiente o no su entrega voluntaria al Estado requirente y, por otra, adoptar en su caso las correspondientes medidas cautelares. Si se produce el consentimiento del detenido, el Juez deberá tener plena convicción de que ese consentimiento se ha prestado de manera libre y voluntaria, y de que se conocen plenamente sus consecuencias. El paso siguiente, será el que el Juez dicte auto no recurrible acordando la entrega del detenido en el plazo que se señale, que no podrá ser superior a diez días.

Cuando el afectado no consienta su entrega de manera voluntaria, se contempla la celebración de una vista en un plazo máximo de tres días, con la asistencia del detenido, su abogado y del Fiscal, en la que podrán practicarse los medios de prueba que se admitan y que tengan relación con la existencia de motivos de denegación o con el condicionamiento de la misma²⁸⁷.

Es decir, los medios de prueba en ningún caso están dirigidos a cuestionar la necesidad de investigar un presunto ilícito penal, sino que dicha necesidad se da por reconocida. La mencionada vista tiene como única finalidad determinar lo adecuado o

²⁸⁵ En aras de la mayor celeridad del proceso solo será necesario comunicarlo al Juzgado Territorial en el que se halle el detenido.

²⁸⁶ Artículo 51.1 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre.

²⁸⁷ Artículo 51.5 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre.

no de la EAW en sí.

Practicada la prueba, en su caso, el Juez Central de Instrucción deberá resolver mediante auto en el plazo máximo de diez días. Contra dicho auto podrá interponerse recurso de apelación ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que resolverá de acuerdo con lo dispuesto en la LECrim²⁸⁸.

Dictada resolución acordando la entrega requerida, ésta se hará efectiva dentro de los diez días siguientes. Las actuaciones materiales para ello corresponden a la Fuerzas policiales españolas y la entrega se efectuará a la autoridad que hubiera indicado el juzgado emisor de la Orden, a la que habrá de notificarse el lugar y fecha señalados para que aquella se produzca²⁸⁹.

Si transcurridos los plazos máximos fijados para la entrega, la persona reclamada no hubiera sido recibida por el Estado requirente será puesta en libertad, pero esta circunstancia no podrá alegarse como fundamento para “la denegación de la ejecución de una posterior orden europea basada en los mismos hechos”²⁹⁰.

La entrega del detenido puede verse acompañada de los objetos o elementos relacionados con los hechos, a no ser que se encuentren sujetos a embargo o comiso en España pues, de ser así, tal entrega podrá no llevarse a cabo, o deberá hacerse de manera temporal a los únicos efectos de la causa que pudiera seguirse contra aquel en el Estado al que se entrega²⁹¹. Esta habilitación, ya contemplada en la FDEAW, abre una serie de posibilidades para la obtención de medios de prueba que serán analizadas en el apartado siguiente.

²⁸⁸ Artículo 51.8 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre.

²⁸⁹ Artículo 58.1 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre.

²⁹⁰ Artículo 58.5 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre.

²⁹¹ Artículo 59 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre.

IV. EL VALOR PROBATORIO DE LOS MEDIOS DE PRUEBA OBTENIDOS EN LA EJECUCIÓN DE UNA EAW

Una vez pormenorizados los factores que influyen en el funcionamiento y ejecución de la EAW, en este apartado analizaremos las cuestiones que rodean al valor probatorio de los objetos que pueden obtenerse a través de su ejecución, tal y como dispone el artículo 29 de la FDEAW. Este punto resulta indispensable para alcanzar el objetivo concreto de este capítulo, puesto que analiza el núcleo de la utilidad de la EAW como herramienta de obtención de pruebas, es decir la eficacia procesal de los objetos incautados en el momento de la detención.

Como ya se ha expuesto, el objeto de una EAW es detener o trasladar una persona de un Estado miembro de la EU a otro, con la finalidad de llevar a cabo acciones penales o de cumplir una pena o medida policial de privación de libertad.

Queda claro que, a priori, la obtención de medios de prueba trasfronterizos no fue uno de los precursores de la creación de la EAW. No obstante, la posibilidad de trasladar a una persona para el ejercicio de acciones penales está motivado, en innumerables ocasiones, por la necesidad de la presencia física del sujeto para llevar a cabo actos de investigación que desvirtúen la presunción de inocencia o que le permitan ejercer una defensa con las garantías necesarias. Buenos ejemplos de estas circunstancias serían la necesidad de que una persona se traslade a otro país para declarar ante la presencia del juez, durante la fase de instrucción, o para reproducir una prueba en la fase oral del proceso.

En cualquier caso, la realización de actos de prueba en el Estado requirente, una vez completada con éxito la EAW, no estaría dentro del ámbito de estudio de este trabajo, dado que no difieren en sustancia de la práctica de una prueba en un caso meramente doméstico. A modo de ejemplo, cuando a un detenido se le traslada al Estado requirente para llevar a cabo una prueba testifical, ésta se llevará a cabo en dicho Estado y atendiendo a la normativa procesal de ese país. En ese caso no podría

hablarse, de manera estricta, de una prueba transfronteriza, ya que se realizaría en el propio territorio del país emisor. En este sentido, no se trataría nada más que de la realización de un acto de investigación en un Estado de la EU, aplicando sus propias reglas procesales, para ser empleadas en el enjuiciamiento puramente doméstico.

Al margen de lo expuesto y como ya se adelantó al comienzo del capítulo, el principal motivo para introducir un estudio de la EAW en un trabajo que analiza la circulación de medios de prueba trasfronterizos, radica en lo dispuesto en el artículo 29 de la FDEAW. Dicho artículo hace mención expresa a la posibilidad de que la entrega de la persona detenida lleve aparejada la transmisión de objetos que pudiesen constituir una prueba del delito presuntamente cometido.

Esta posibilidad de obtención de medios de prueba, escasamente analizada por la doctrina, tiene lugar con gran frecuencia en la operativa policial que rodea al acto de la detención. En este sentido, es muy común que la persona detenida, en el momento de su interceptación, porte indicios que pueden constituir medios de prueba²⁹².

Tal y como establece el artículo 29 de la FD de la EAW, la incautación y traslado de estos objetos pueden llevarse a cabo por propia iniciativa del Estado requerido o a petición del requirente. A nuestro juicio, el valor añadido que aporta el hecho de que sea el Estado requirente el que inste a la incautación, reside en dos aspectos concretos. Por un lado, en el hecho de impulsar y asegurar que dicha incautación se lleva a cabo sin que dependa de la voluntad puntual de las autoridades del país requerido y por otro, en la posibilidad de orientar a las autoridades del país de ejecución acerca de cuáles son los objetos que realmente podrían tener trascendencia como elemento de prueba²⁹³.

²⁹² La casuística, obtenida de nuestra experiencia profesional, es muy variada. Los objetos incautados a los detenidos con trascendencia en su implicación en un delito van desde medios de almacenamiento informáticos, hasta títulos de viaje que demuestran la estancia en un lugar y fecha determinados, pasando por la posesión de llaves, agendas, etc.,...

²⁹³ A modo de ejemplo, y utilizando uno de los objetos que se incautan con frecuencia, las autoridades de ejecución podrían obviar la importancia que pueda tener la incautación de un billete de metro de una determinada ciudad. Sin embargo, a través del conocimiento del caso aportado por la autoridad de emisión, podrían identificar que la presencia en esa ciudad podría resultar clave para desvirtuar la presunción de inocencia del investigado.

Otro aspecto a valorar es qué medios habilita el artículo 29 para alcanzar dichos objetos. El caso más sencillo consistiría en la detención del sospechoso en la vía pública y la incautación de los objetos que portara encima en ese momento. Resulta obvio que la ejecución de otros actos de investigación posteriores a la detención supondría una acción separada de la EAW y que, para solicitar su ejecución, el Estado requirente debería acudir a otros medios de cooperación penal para que su petición fuese atendida.

Sin embargo, una vez analizado el caso más sencillo, la realidad ofrece situaciones mucho más variadas y complejas. Cabe plantear qué ocurre cuando la EAW es emitida por un delito de especial gravedad, se localiza la morada del sospechoso y se acredita su presencia en el interior. En este caso la situación llevaría, con alta probabilidad, a que la autoridad competente del país de ejecución, presumiblemente un juez, dictase una orden de entrada en dicho domicilio para ejecutar la detención.

Al margen de la entrada y detención, ¿sería suficiente la EAW para llevar a cabo el registro de la vivienda y la recolección de cuantos objetos pudiesen constituir un medio de prueba? En este sentido, entendemos que la concesión por parte de la autoridad judicial de la ejecución del registro estaría plenamente motivada por la existencia de la EAW y ello por dos razones fundamentales.

Por un lado, el artículo 29 de la FD no hace mención alguna a que el objeto deba ser portado por el sospechoso en el momento de la detención. La mención es mucho más genérica y consiste en aquellos objetos que “pudieren servir como prueba, o que posea la persona buscada como resultado del delito”.

Como segundo apoyo a nuestro razonamiento, el punto 2 del mencionado artículo determina que la incautación de objetos ha de llevarse a cabo incluso si la EAW no pudiera “ejecutarse debido al fallecimiento o la evasión de la persona buscada”. Si existe esta obligación, puede deducirse que el texto de la FDEAW abre la posibilidad a la obtención de medios de prueba que el detenido no porte de manera personal, dado

que difícilmente podrían requisarse objetos que llevase un individuo que ya ha conseguido huir.

Debemos entender, en definitiva, que la EAW avala la ejecución de actos de investigación que tengan una conexión, causal y temporal, inmediata con el acto de investigación. Es decir, y a modo de ejemplo, una EAW sería suficiente para llevar a cabo un registro domiciliario, si ha sido necesario acceder a la morada para llevar a cabo la detención, pero no lo sería para una entrada y registro en la vivienda de un individuo que ya ha sido localizado y detenido en la vía pública. En este último caso sería necesario acudir a otra medida de cooperación procesal penal diferente, ya sea una comisión rogatoria o una EIO.

No obstante, existen opiniones doctrinales contrapuestas al respecto que no consideran que una EAW habilite a la obtención de medios de prueba que vayan más allá de los objetos que porte el individuo²⁹⁴. Su principal argumento radica en la propia operativa de emisión de la EAW y, en concreto, en los apartados habilitados en el formulario de petición. En una interpretación restrictiva del apartado g) del formulario diseñado para facilitar la emisión de una EAW²⁹⁵, entiende que el requerimiento al que habilita dicha plantilla sólo permite solicitar los objetos que porte el detenido, sin ninguna extensión adicional²⁹⁶.

Sin embargo no consideramos que, sea cual sea la interpretación del literal de dicho apartado del formulario, lo que refleja el formulario deba ser un factor limitante de las posibilidades que plantea el articulado de la propia FDEAW. El formulario no es más que una herramienta elaborada para facilitar el trámite de la solicitud y no tiene por finalidad regular aspecto alguno de la EAW. Por tanto, a nuestro juicio no debe

²⁹⁴ Opinión expresada, entre otros, por la Juez D^a Lidia Paloma Montañó en las Jornadas de Actualización del Servicio de Asuntos Internos, que tuvieron lugar en Toledo entre los días 1 y 5 de abril de 2019.

²⁹⁵ Figura como anexo a la FDEAW.

²⁹⁶ En concreto, el literal del apartado g) del anexo es el siguiente:

“g) La presente Orden se refiere igualmente a la intervención y entrega de los objetos que puedan servir de prueba.

La presente Orden se refiere igualmente a la intervención y entrega de objetos en poder de la persona buscada de resultados de la infracción: Descripción y localización de los objetos (en caso de conocerse): ...”

atribuírsele la entidad que tiene la parte dispositiva de la FD, es decir, su articulado. Además, incluso si considerásemos dicho anexo como limitante, el literal del mencionado apartado g) también incluye la alusión genérica a “objetos que pudieran servir de prueba”, sin limitarlos a los que el sujeto lleve consigo en el momento de la detención.

En consonancia con nuestra postura, algunos autores no ven impedimento para que el artículo 29 de la FD pueda ser empleado para obtener objetos que sean susceptibles de ser empleados como pruebas, más allá de los que el sujeto porte en el momento de su detención. Esta línea doctrinal, con la cual nos identificamos considera que el mencionado artículo posibilita que se intervenga cualquier objeto que pueda servir como prueba y, en consecuencia, entendemos que permite que se incauten aquellos objetos localizados con posterioridad o anterioridad a la detención y no necesariamente de manera simultánea a ésta²⁹⁷.

Nos alineamos, como adelantábamos con anterioridad, con esta corriente y consideramos que las posibilidades que ofrece la EAW para la obtención de medios de prueba, aunque accesoria, no pueden obviarse. De hecho, la redacción del artículo 29 de la FD es lo suficientemente abierta para se amplíe el abanico de posibilidades más allá de los objetos que porte el detenido.

No obstante, consideramos que este abanico de posibilidades debe estar limitado, en todo caso, por una relación causal y temporal entre la detención y el hallazgo de los posibles medios de prueba. Ninguno de estos nexos son válidos por separado sino que, en nuestra opinión, deben darse en conjunción. La necesidad de ambos elementos puede ilustrarse como sendos ejemplos, en los que solo esté presente sólo uno de los vínculos, el causal o el temporal.

La primera situación, corriente en la actividad policial, podría darse en el caso en que en la detención del individuo, para la ejecución de una EAW, se le interviniesen las

²⁹⁷ Rodríguez-Medel Nieto, C., *Obtención y admisibilidad en España de la prueba penal transfronteriza. De las comisiones rogatorias a la orden europea de investigación*, ed. Universidad Complutense de Madrid, 2017, p. 259.

llaves de un almacén o trastero plenamente identificado o identificable. En este caso, la relación sería de causalidad, las llaves e identificación del trastero se han hallado a causa de la detención, pero estaría desvinculada temporalmente puesto que el registro de las dependencias tendría que realizarse en un momento posterior a la detención. Tenemos claro que el acceso y registro a ese hipotético trastero, al estar desvinculados temporalmente de la detención, requerirían una comisión rogatoria o la emisión de una EIO para su realización. En este caso tendríamos una relación causal entre el hecho de la detención y el hallazgo de las llaves, pero no se daría la conexión temporal con la medida de investigación adicional. Entendemos, por tanto, que la EAW no habilitaría a la incautación de los elementos probatorios que se obtuvieran en ese supuesto trastero.

Otra situación habitual se da cuando la EAW se ejecuta con ocasión de que el sujeto es detenido por otra acción delictiva, diferente del crimen que ha motivado la emisión de la Euroorden. Sería el caso de un sospechoso sobre el que recae una EAW por un delito de narcotráfico, pero que es detenido con ocasión de la comisión de un atraco en el Estado requerido.

Por la operativa policial, en el momento de la detención, se comprobará la existencia de esa EAW y, en cuanto el resto de procesos a los que esté sometido el afectado lo permitan, el detenido será trasladado previo cumplimiento de los requisitos contemplados en la FDEAW y detallados en este capítulo.

No obstante, cabe preguntarse en qué situación quedan los objetos que le hayan podido ser intervenidos durante el acto de la detención y que pueden aportar información sobre el delito originario de la EAW. En este caso tendríamos una conexión temporal, puesto que accedemos a los objetos que porta en el momento de la detención, pero no existiría relación causal, puesto que no hemos accedido a sus enseres como causa de la ejecución de la EAW, sino de una detención ajena a la Euroorden emitida. Entendemos que en este caso la EAW podría no habilitar al empleo de los objetos que se puedan haber intervenido al sujeto en el momento de la detención.

Por último el mejor ejemplo de la coexistencia de ambos elementos, relación causal y temporal, entre la intervención de medios de prueba y la ejecución de la EAW, podemos encontrarlo en el caso en que sea necesaria la entrada domiciliaria para la detención del requisitoriado. Siguiendo con la sistemática de exponer un ejemplo de cada caso, se daría cuando en el Estado requerido se tuviese noticia de la localización del sospechoso objeto de la EAW, y dada la gravedad del caso o la peligrosidad del mismo, resultase adecuado efectuar la detención en el lugar en el interior de una vivienda.

En este caso, consideramos que la existencia de la EAW habilitaría al juez del Estado receptor a autorizar la entrada en el domicilio, pero cabría plantearse qué ocurriría con los objetos que se encontrasen en el interior del inmueble.

Si durante la práctica de la entrada y detención apareciesen objetos susceptibles de tener relación con el delito por el se emitió la EAW, consideramos que se daría la conexión causal y temporal entre la ejecución de la EAW y la obtención de los medios de prueba, aunque *strictu sensu* el detenido no los portase. En consecuencia, el artículo 29 de la FD habilitaría a que el juez responsable autorizase, además de la entrada y detención, también el registro y la incautación de todos los efectos que se encontrasen en el domicilio y que estuviesen vinculados con el delito que hubiera originado la emisión de la EAW.

Una vez analizada la utilidad instrumental de la EAW para la obtención de medios de prueba, corresponde analizar los niveles de eficacia en dicha obtención. Como se adelantaba al inicio de este apartado, la EAW no está diseñada como una herramienta de intercambio de pruebas, en sentido estricto. Esta circunstancia queda patente en el articulado de la FD, en el que apenas aparece ninguna referencia a la aplicación de unas normas procesales comunes en la práctica de los diferentes actos de investigación que pueden darse.

Pueden encontrarse, como es lógico, referencias a cómo ha de llevarse a cabo la

detención. Así, el artículo 11²⁹⁸ determina la obligación de comunicar al detenido la existencia de una EAW en su contra, así como el derecho a la asistencia letrada y a interpretación lingüística, en caso de ser necesaria. Para garantizar estos derechos, el texto de la EAW aplica el *locus regit actum*, estableciendo que el modo en que han de proveerse debe ser acorde al derecho interno del Estado de ejecución.

También se da preponderancia a las normas procesales locales en la toma de declaración de la persona en espera de la decisión sobre su traslado, regulado en el artículo 19. No obstante, como medida adicional, en este caso se establece la obligada asistencia de una persona designada por la autoridad que emite la EAW.

La presencia de la persona designada para estar presente en la declaración por el Estado que solicita la detención, está originalmente destinada a que pueda orientar la toma de manifestación al ser mejor conocedor de los pormenores que rodean al caso en cuestión. No obstante, nada impide que dicha persona pueda también velar porque se apliquen ciertas garantías, propias de su país de origen, que faciliten la posterior admisibilidad de dichas declaraciones. Todo ello siempre que no se vulnere la normativa del país en que tenga lugar la detención y la toma de manifestación.

Para completar el apartado anterior, dedicado a la ejecución de la EAW en España, la Ley 23/2014 de 20 de noviembre, también contempla que la toma de declaración al detenido se podrá llevar a cabo incluyendo el respeto a los requisitos y formalidades exigidos por el país emisor, siempre y cuando no contravengan lo dispuesto en nuestro ordenamiento jurídico²⁹⁹. La normativa española proporciona, en este caso, unas mayores posibilidades para que el testimonio del detenido tenga validez en el Estado de emisión de la EAW.

²⁹⁸ Artículo 11.Derechos de la persona buscada

1. Cuando una persona buscada sea detenida, la autoridad judicial de ejecución competente informará a dicha persona, de conformidad con su Derecho interno, de la existencia de la orden de detención europea, de su contenido, así como de la posibilidad que se le brinda de consentir en su entrega a la autoridad judicial emisora.

2. Toda persona buscada que sea detenida a efectos de la ejecución de una orden de detención europea tendrá derecho a contar con la asistencia de un abogado y, en caso necesario, de un intérprete, de conformidad con el Derecho interno del Estado miembro de ejecución.

²⁹⁹ Artículo 52.2 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre.

En definitiva, la FDEAW contempla y busca garantizar las garantías procesales tanto en la detención como en la toma de declaración de la persona que se encuentra a la espera de que se tome una decisión sobre su traslado. En ambos actos tiene preferencia la aplicación de normas procesales del Estado de ejecución.

Para el resto de actos de investigación que pueden concurrir inseparables a la detención, como el registro domiciliario mencionado anteriormente en el ejemplo, la FD no dispone nada en cuanto a la normativa procesal a aplicar, aunque la lógica y el espíritu de la norma nos llevan a pensar que habría de aplicarse la normativa del Estado de ejecución.

La admisibilidad de los medios de prueba obtenidos a través de estos actos de investigación concurrentes quedaría, una vez más, a expensas de los diferentes ordenamientos nacionales. En este caso, la existencia de unos niveles estandarizados de protección de los derechos procesales facilitaría en gran medida la eficacia de los medios de prueba obtenidos. Es decir, a mayor definición de estos estándares, menor serán las posibilidades de que cualquier ordenamiento nacional rechace la admisibilidad de los medios de prueba obtenidos.

V. VALORACIÓN DE LA EFICACIA JUDICIAL Y POLICIAL DE LA EAW

En este apartado analizaremos la valoración de la eficacia de la EAW que se hace, tanto desde el punto de vista judicial como policial. A través de estas valoraciones, obtenidas a través de la práctica, podremos obtener conclusiones que nos lleven a proponer reformas que contribuyan a la mejora de la obtención de medios de prueba a través de la EAW, en línea con el objetivo concreto del capítulo.

Un factor determinante cuando se trata de valorar la eficacia de una herramienta es el número de veces que se recurre a ella. En el año 2017, las oficinas de EUROJUST registraron un total de 2560 casos de emisión de EAW en el seno de la Unión Europea. Los países de los que surgieron un mayor número de órdenes fueron Grecia, un

destacado primer lugar, seguido de Polonia, Bulgaria Austria y Suecia. En cuanto a la recepción de EAW para su ejecución en territorio nacional, durante el mismo año, el primer lugar lo ocupó el Reino Unido, seguido de España, Italia, Rumanía y Francia³⁰⁰. Sin abundar en datos estadísticos, estas cifras han ido incrementándose con el paso de los años, desde la entrada en vigor de la FDEAW.

Los informes de EUROJUST indican algunas anomalías en el cumplimiento de los plazos establecidos por la FD, en concreto se notificaron 38 casos en los que no se cumplió con los límites temporales establecidos para el reconocimiento y ejecución de las EAW. En este caso, las situaciones en las que no se cumplió con dichos hitos han ido disminuyendo paulatinamente y están muy por debajo de los 116 que se dieron en el año 2011 o los 94 del año 2012.

La tendencia de las cifras expuestas en los párrafos anteriores, número de EAW emitidas creciente y demoras en la ejecución descendente, dejan claro que la Euroorden se ha consolidado como un instrumento útil y cotidiano, que los investigadores han incorporado a los diferentes recursos de los que pueden hacer uso.

Queda claro, por tanto, que el desarrollo e implantación de la EAW ha resultado un éxito aparente. Este instrumento de cooperación judicial ha demostrado ser un sustituto adecuado y eficiente de la extradición tradicional.

También ha puesto de manifiesto, por el número de veces que se recurre a ella, la necesidad de contar con instrumentos que simplifiquen los diferentes actos judiciales propios de la fase de instrucción y que afectan a más de un territorio de la Unión. Además, demuestra que cuando estos mecanismos aúnan simplicidad y eficacia, los organismos encargados de utilizarlos recurren a ellos con asiduidad.

Las escasas, por no decir nulas, referencias doctrinales o prácticas a la obtención de medios de prueba a través de la EAW, indican que esta circunstancia ha resultado

³⁰⁰ EUROJUST, *Informe Anual de EUROJUST de 2017, 2018*, puede consultarse en: http://www.eurojust.europa.eu/doclibrary/corporate/eurojust%20Annual%20Reports/Annual%20Report%202017/AR2017_ES.pdf

pacífica, sin que ningún Estado haya planteado al ECHR ninguna cuestión prejudicial, al menos hasta el momento.

Desde el punto de vista policial, la aparición de la EAW supuso una herramienta revolucionaria que colaboró a facilitar la investigación de delitos que ya no tenían que ser necesariamente relativos al crimen organizado o al terrorismo. A día de hoy puede considerarse que la EAW forma parte cotidiana de la labor de aquellas fuerzas policiales que desempeñan funciones de Policía Judicial.

Desde el punto de vista pasivo, con España como país ejecutante, la tramitación de una EAW supone una carga adicional de trabajo a las fuerzas policiales, aunque de forma relativa. Cuando la EAW se emite de forma genérica a través de SIRENE o la OCN de INTERPOL, rara vez se inicia una operación *ex profeso* para la detención del individuo, a menos que su ubicación pueda centrarse, al menos en un país o región. Por ello, la detención suele darse de forma fortuita, al ser identificado el sujeto en un punto de verificación o detenido por otro motivo diferente.

Por otro lado, cuando la ubicación de la persona a detener es conocida, la labor policial se concreta en establecer el dispositivo de localización, espera y detención del individuo para posteriormente ponerlo a disposición del Juzgado Central de Instrucción.

La operativa policial de la EAW no puede separarse del Sistema de Información Schengen (SIS), como sistema de información común en el que se graban y consultan las órdenes de detención y entrega en vigor. La información del SIS es gestionada por las oficinas SIRENE (*Supplementary Information Request at the National Entry*), cuyo cometido es la preparación de expedientes para la introducción de datos en el SIS, entre ellos las EAW que se emitan.

En este sentido, cuando España es el país de emisión de la EAW, la misma se tramita a la oficina SIRENE, para su grabación en SIS como Euroorden y también se cursa a la OCN-INTERPOL, como orden internacional de detención para Noruega e Islandia.

Por otra parte, cuando en nuestro país se detiene a una persona requisitoria, la oficina SIRENE transmite el formulario correspondiente, junto a la correspondiente traducción al JCI de guardia de la AN, a la OCN-INTERPOL y al servicio policial que ha realizado la detención.

En definitiva, puede comprobarse que el saldo de la aplicación de la EAW es francamente positivo también desde el punto de vista policial, además de las innegables ventajas de cooperación judicial en fases superiores de la instrucción y enjuiciamiento.

En cualquier caso, esta percepción positiva que se tiene de la EAW hay que ponerla en relación con la situación que precedía a la entrada en vigor de la FDEAW. Como se indicó al comienzo del capítulo, antes de la existencia de la EAW, la única solución para el traslado del detenido eran los mecanismos de extradición y no cabe duda que, respecto a éstos, la EAW supone una herramienta mucho más útil y versátil.

No obstante, desde nuestro punto de vista, la EAW dista mucho de ser un instrumento perfecto. La norma que le sirve de sustento, al tratarse de una FD, tuvo que aprobarse como un acuerdo de mínimos que no pudo cerrar muchos aspectos que le habrían conferido un mayor grado de eficacia. Entre otras cuestiones tratadas en los apartados anteriores, se encuentran la cada vez más amplia interpretación de los motivos de denegación o la estricta observación del principio de especialidad, que aumentan la posibilidad de que una EAW no se complete con éxito.

Además las escasas menciones, doctrinales o jurisprudenciales, a la casuística de la aplicación del artículo 29 de la FDEAW nos llevan a deducir que el empleo de la Euroorden para obtener medios de prueba con motivo de la detención no está todo lo extendido que sería de esperar.

VI. COMPARACIÓN ENTRE LA EAW Y LA EIO

Como último paso antes de la exposición de las recapitulaciones, en este apartado nos detendremos a realizar un análisis comparativo entre la EAW y la EIO. Aunque se trata de dos instrumentos de naturaleza y motivaciones diferentes, ambos tienen en común la posibilidad de trasladar detenidos con el objetivo de llevar a cabo acciones penales. Por ello, resulta interesante comprobar en qué aspectos coinciden y en cuáles difieren ambas herramientas, puesto que entre las propuestas legislativas que completarán el objetivo principal del trabajo, puede encontrarse alguna que afecte de manera transversal a la configuración de las dos.

La posibilidad de trasladar a un detenido con el fin de llevar a cabo acciones penales no es exclusiva de la EAW. Los artículos 22 y 23 de la Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la Orden europea de Investigación en Materia Penal, contemplan que un sujeto privado de libertad sea llevado a otro país para llevar a cabo medidas de investigación que requieran su presencia.

La Directiva arriba citada será objeto de un profundo análisis en el siguiente capítulo de este trabajo. No obstante, es importante que en este punto la pongamos en relación con la EAW, exclusivamente en lo que se refiere a los actos de investigación que requieran que un detenido sea expatriado.

A grandes rasgos, ambas herramientas de cooperación podrían compartir la utilidad de trasladar a un detenido cuya presencia es necesaria para llevar a cabo medidas de investigación. No obstante, a continuación expondremos las importantes diferencias existentes entre las regulaciones que, para esta acción concreta, establecen la FDEAW y la Directiva de la EIO.

La primera y más sustancial diferencia, consiste en que en la EIO se trata del traslado de un sujeto que ya se encuentra detenido en el momento de la emisión de la Orden. Es decir, la EIO no habilita a detener a un sujeto que se encuentre en libertad,

sino al traslado de quien ya estuviese detenido o cumpliendo pena de prisión por otros hechos. De hecho, la redacción del artículo 22.2.b) de la Directiva³⁰¹ deja claro, de manera expresa, que el traslado del detenido puede ser denegado cuando suponga la prolongación del periodo de detención.

En contraposición, la EAW sí está configurada para poder detener a un sospechoso que se encuentra en libertad. La puesta a disposición del Estado emisor del sujeto, parte de una situación en la que éste se encuentra, como regla general, en libertad.

Otra de las diferencias esenciales consiste en que la EIO establece que la entrega del detenido es meramente temporal, siendo preceptiva la devolución del afectado en cuanto se lleve a cabo la medida de investigación para la que ha sido requerido. Incluso se establece que el tiempo que permanezca en el Estado requerido deberá deducirse del tiempo que deba rendir en privación de libertad³⁰².

Sin embargo, no existe tal previsión en la EAW. Únicamente en el artículo 17 de la FDEAW se establece que en el caso de traslado temporal para llevar a cabo acciones penales, los Estados intervinientes se pondrán de acuerdo en el plazo a establecer para la devolución del detenido.

Resaltaremos, por último, una diferencia fundamental en la operativa de ambas medidas como es la intervención de la voluntad del afectado. La EIO requiere, en cualquier caso, que el detenido consienta en la entrega. En contraste, la EAW da la oportunidad al requisitoriado para dar su consentimiento en la entrega, pero que éste no lo preste no significa que la entrega no se lleve a cabo, sino que en todo caso será la autoridad judicial la que decida sobre la conveniencia o no de la entrega. En definitiva, una EAW puede materializarse perfectamente sin el consentimiento del sujeto

³⁰¹ Artículo 22 Traslado temporal de detenidos al Estado de emisión con el fin de llevar a cabo una medida de investigación.

Además de los motivos de denegación del reconocimiento o de la ejecución establecidos en el artículo 11, la ejecución de la EIO podrá denegarse también en caso de que:

- a) el detenido no dé su consentimiento; o
- b) el traslado pueda causar la prolongación de la detención del detenido.

³⁰² Artículo 22.7 de la DEIO.

afectado, mientras que esta circunstancia no puede darse cuando se trata de una EIO.

Llegados a este punto, cabe preguntarse si sería adecuado el ensamble de la FDEAW con la Directiva de la EIO. Parece evidente que todas las finalidades que persigue la EAW no pueden enmarcarse en la EIO, dado que esta última está enfocada a la realización de actos de investigación y no todas las detenciones tienen ese fin.

En nuestra opinión, la posibilidad del traslado del detenido para la realización de actos de investigación debería estar regulado en exclusiva por la EIO, al ser parte de una medida de investigación y contar con una regulación más ambiciosa que la actual que se detallará en las propuestas que se exponen en el Capítulo VI de este trabajo.

Estas circunstancias darían lugar a una nueva regulación de la EAW que se ceñiría, únicamente, a la detención de individuos que ya estuviesen condenados y que adoptase la forma de un Reglamento en el que se corrigiesen los defectos que se han concluido en los apartados anteriores. Sobre esta posible nueva regulación volveremos más adelante, cuando se concreten las propuestas que contribuyan a la mejora de la obtención de pruebas en el ámbito de la EU.

VII. RECAPITULACIONES

Tras la exposición y análisis de los apartados anteriores, procedemos a sintetizar las recapitulaciones más relevantes respecto a la EAW, sobre las que se construirán las propuestas legislativas que se reflejan en el Capítulo VI de este trabajo:

PRIMERA. La EAW, primer instrumento de cooperación judicial penal basado en el MR, ha supuesto un importante avance en la acción de trasladar a un detenido de un Estado miembro a otro, ya sea para cumplir pena de prisión, o para llevar a cabo acciones penales. Las claves de este éxito se encuentran, entre otros aspectos, en las siguientes características:

- a. En la supresión parcial de los requisitos de doble incriminación, reciprocidad y

prohibición de entrega de los propios nacionales

b. En concentrar, simplificar y acelerarlos los plazos y el conjunto del procedimiento

c. En la judicialización de la decisión sobre la entrega, ya que elimina las consideraciones de oportunidad política tradicionalmente presentes en los diferentes mecanismos convencionales de cooperación penal.

SEGUNDA. La naturaleza de la norma que da sustento a la EAW, una FD, conllevó ciertas dificultades en cuanto a la transposición de su articulado a las diferentes legislaciones nacionales.

TERCERA. Aunque los motivos de denegación están tasados y delimitados, se han abierto a otros supuestos amparados por sentencias del CJEU, que avalan la no ejecución de una EAW por considerar que no se respetan algunos de los derechos reflejados en la ChFREU. Estos motivos adicionales no se encuentran recogidos explícitamente en el articulado de la FDEAW.

CUARTA. Aún cuando no fue el motivo principal de su creación, no pueden obviarse las posibilidades que la FD de la EAW aporta en cuanto a la obtención de medios de prueba transfronterizos, basadas en la redacción de su artículo 29. No obstante, la aplicación de esta posibilidad no está todo lo extendida que debiera y se emplea por debajo de su potencial.

QUINTA. Al hilo de estas posibilidades, para poder obtener estos medios de prueba con la ocasión de la emisión de una EAW, entendemos que debe darse una conexión causal y temporal entre el propio hecho de la detención y el hallazgo de los indicios de interés. Es decir, la obtención de los objetos debe darse en el momento de la detención y estos objetos tienen que guardar relación causal con el delito que ha originado la EAW. Sólo la coexistencia de estos vínculos, causal y temporal, habilita a obtener medios de prueba que puedan incriminar al investigado sin que éste los porte encima en sentido estricto.

SEXTA. La EAW ofrece ciertas opciones, en cuanto al traslado de detenidos para la práctica de medios de prueba, que pueden ser cubiertos por la regulación establecida por la Directiva de la EIO. No obstante, con la redacción actual que tienen dicha Directiva y la FD de la EAW, ambas normas siguen siendo necesarias.

SÉPTIMA. No obstante, la existencia de una norma europea específica para la práctica de actos de investigación, como la Directiva de la EIO, nos lleva a concluir que el traslado de detenidos para llevar a acciones penales debería estar regulado por ésta.

CAPÍTULO V. “LA OBTENCIÓN DE LA PRUEBA TRANSFRONTERIZA A TRAVÉS DE LA ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACIÓN EN MATERIA PENAL”

En el primer capítulo del trabajo se estableció el objetivo principal del mismo, consiste en efectuar propuestas legislativas, o de otra índole, que contribuyan a mejorar la eficacia de los instrumentos de compartición de la prueba transnacional. En aplicación de la metodología, este objetivo principal se estructuró en cuatro sub-objetivos u objetivos concretos. Tres de ellos están en estrecha relación con alguna medida específica de cooperación procesal penal. El objetivo concreto que se aborda en este capítulo coincide con el tercero de éstos y consiste en determinar los problemas existentes al aplicar la EIO como herramienta de obtención de medios de prueba transfronterizos y en analizar estos problemas para obtener conclusiones coherentes que nos permitan formular propuestas que contribuyan a la mejora de la eficacia procesal de las pruebas obtenidas a través de la ejecución de una EIO.

Este objetivo es especialmente relevante para contribuir a la finalidad del trabajo, puesto que la EIO es la apuesta más decidida de la EU para constituirse en herramienta integral y ágil para la compartición de medios de prueba transfronterizos entre los Estados miembros y que, además, basa su funcionamiento en el MR como sistema de cooperación. En consecuencia, contribuir al aumento de la eficacia en la obtención de medios de prueba a través de la ejecución de la EIO significa mejorar buena parte del espectro de posibilidades existentes para conseguir una prueba transfronteriza en el ámbito de la EU.

Con el fin de completar este análisis, el Capítulo V se estructura en una serie de apartados que persiguen examinar las particularidades de la EIO y explorar sus posibles disfunciones. Así, en primer lugar se expondrá el concepto que guió su creación y la regulación que le da sustento normativo. Seguidamente, se analizará su funcionamiento desde diferentes puntos de vista, de manera que se obtenga una visión lo más completa posible. Una vez aproximados a la naturaleza de la EIO, se examinará el valor probatorio de las pruebas que hayan podido obtenerse a través de su ejecución. Por último, antes de finalizar con las recapitulaciones, trataremos de ofrecer una visión de la valoración de la aplicación de la EIO a través de quienes los emplean como instrumento de investigación de manera asidua.

I. JUSTIFICACIÓN DEL CAPÍTULO

Como punto de partida de la metodología a aplicar, en el Capítulo I del trabajo se definió el estado de la cuestión relativo a la obtención de la prueba transnacional en el ámbito de la EU, en base al cual se planteó una hipótesis y se identificaron unos problemas inherentes a dicha cuestión.

Una vez identificados los problemas, se estableció el objetivo principal consistente en efectuar propuestas legislativas, o de otra índole, que contribuyan a mejorar la eficacia de los instrumentos de compartición de prueba, así como proponer reformas de la normativa existente que conduzcan al mismo fin.

Este objetivo principal se estructuró en cuatro objetivos concretos o sub-objetivos, de los cuales, uno de ellos aborda cuestiones transversales que afectan a cuestiones comunes a todas las herramientas de compartición de pruebas, mientras los tres restantes guardan relación, cada uno, con un instrumento específico de obtención de medios de prueba.

El objetivo concreto de este capítulo, que coincide con el tercero relacionado con un instrumento específico, consiste en identificar y analizar, con un enfoque crítico, los problemas que plantea la aplicación de la EIO en la actualidad. Y ello, con el fin de contribuir a que se continúe avanzando en esta herramienta hasta convertirla en un instrumento de plenas garantías en la compartición de los medios de prueba transfronterizos. En base a este estudio, estaremos en disposición de obtener conclusiones que nos ayuden a contribuir a mejorar la eficacia procesal de la prueba obtenida con la ejecución de una EIO, a través de propuestas legislativas o de otra índole.

Para alcanzar los objetivos establecidos y estar en disposición de valorar la hipótesis planteada, se definió una metodología compuesta de dos pasos. El segundo de estos pasos, tal y como se definieron en el Capítulo I, se basa en el estudio de las herramientas vigentes para la obtención y compartición de pruebas transfronterizas en la EU, con el fin de alcanzar un conocimiento en profundidad de la realidad de su aplicación, con sus fortalezas y debilidades. Es precisamente este paso el que se completa con el presente capítulo, tras haber analizado con anterioridad los JIT y la EAW.

La EIO constituye la apuesta más decisiva de la EU para garantizar una libre circulación de pruebas dentro del AFSJ. La importancia de su desarrollo queda patente en varias de sus características sobre las que se incidirá a lo largo de los apartados de este capítulo. La primera de ellas es su vocación de acabar con la fragmentación normativa existente en la obtención de medios de prueba en el ámbito de la EU, mediante la derogación o sustitución de buena parte de la legislación vigente hasta la aprobación de la DEIO. Así, se facilita al investigador la selección del instrumento a

elegir para obtener los resultados deseados y se contribuye a que se alcance una mayor familiarización con los mecanismos de obtención de pruebas, antaño diversificados en múltiples normas y ahora centradas, en buena parte, en la EIO.

En segundo término, la importancia de la EIO radica en su fundamentación en el MR como sistema de cooperación. Este aspecto debe conferirle un grado de automatismo y agilidad que supere a otras herramientas tradicionales basadas en la MA y debe redundar en una mayor eficacia en su aplicación.

Como tercer argumento en que fundamentar su importancia, la EIO pretende constituirse en una herramienta integral que permita la ejecución de cualquier acto de investigación al margen de la constitución de un JIT, como ya se expuso en el Capítulo III de este trabajo. De este modo, se habilita al investigador a solicitar cualquier diligencia judicial de investigación en el territorio de otro Estado miembro, con independencia de su naturaleza o de su nivel de afectación de los derechos fundamentales de los investigados.

No obstante, aunque la aprobación de la DEIO debe reportar importantes beneficios a la investigación penal transfronteriza en el EU, a través de su análisis podremos comprobar que no está exenta de ciertas disfunciones cuya reparación contribuiría a una mayor eficacia procesal de las pruebas obtenidas en su ejecución.

Entre estas disfunciones, destaca el hecho de no haber abordado aspectos concretos relativos a actos de investigación cada vez más frecuentes, como la obtención de la prueba electrónica, la toma de muestras biológicas y el cotejo del ADN, o la instalación de medios encubiertos de captación de audio o de rastreo de vehículos u objetos.

Para llevar a cabo el análisis que debe conducir al objetivo concreto establecido, el Capítulo V se ha estructurado en cinco apartados, además del que ahora nos ocupa y de las recapitulaciones. En el primero de estos apartados se expondrá la idea que guió

su creación y que configuró su concepto, así como el sustento normativo que permite su aplicación.

A continuación, se describirá el funcionamiento de la EIO desgranado en nueve puntos que aportan una visión completa de los pormenores de la aplicación de dicha Orden. El primero de ellos consiste en exponer las autoridades que tienen capacidad para emitir una EIO, lo que da una primera idea de la naturaleza de la medida.

En segundo lugar se referirán los casos o procedimientos para los que puede emitirse una EIO que, como se comprobará, abarcan todo el espectro de procesos penales. Seguidamente, como tercer punto, nos detendremos en otros aspectos que son clave para su funcionamiento, como los motivos que pueden argumentarse para la denegación de su reconocimiento y ejecución, y cuyo estudio resulta clave para determinar la eficacia de su aplicación.

El cuarto de los puntos que componen este apartado se dedicará a los aspectos que afectan a la legislación a aplicar en la ejecución de los actos de investigación, ya sea la propia del Estado en que se materializarán o la del país requirente. Esta circunstancia, como se comprobará, puede tener incidencia directa en la eficacia procesal de los medios de prueba que se obtengan a través de la aplicación de la EIO.

En los tres siguientes puntos del apartado se examinarán los pormenores que afectan a las medidas de investigación que pueden llevarse a cabo con la ejecución de una EIO. Entre ellas se encuentran algunas que la DEIO trata con disposiciones generales, otras para las que dispone reglas específicas y otras que, en nuestra opinión, habrían requerido un tratamiento particularizado más en detalle.

Como octavo punto del apartado, analizaremos el papel que juegan dos instituciones europeas como EUROJUST y la EJM en el funcionamiento de la EIO. De este modo, podremos estar en situación de obtener conclusiones que nos lleven a mejorar la intervención de estas organizaciones en la aplicación de la Orden.

Para cerrar el apartado dedicado al funcionamiento de la EIO, detallaremos el modo en que se ejecutan en nuestro territorio cuando España es el país receptor. En este sentido, la esta visión aportada sería mucho más amplia si se hubiese analizado también el modo en que ejecutan la EIO en el resto de Estados miembros, no obstante este planteamiento excedería la extensión y el universo de estudio de su trabajo.

Una vez examinadas en profundidad la naturaleza y las condiciones que rodean a la EIO, como factor determinante de su utilidad y alineado con los objetivos de este trabajo, en el cuarto apartado del capítulo se realizará un estudio de la eficacia de los medios de prueba obtenidos a través de la aplicación de la EIO. Este estudio estará enfocado, en todo momento, hacia un punto de vista crítico que nos ayude a identificar las disfunciones que puedan afectar a la eficacia procesal de los resultados probatorios obtenidos por la aplicación de este tipo de órdenes.

A continuación, como quinto apartado, se llevará a cabo la valoración de la eficacia judicial y policial del funcionamiento de la EIO, en la que se tendrán en cuenta las aportaciones de quienes la emplean como herramienta frecuente en sus investigaciones penales transnacionales. A este respecto, la EIO cuenta con un recorrido todavía limitado en nuestro país pero acumula una interesante experiencia en algunos de los Estados de la EU. A diferencia del apartado cuarto, en el que nos centramos en la eficacia procesal de los resultados obtenidos, en este apartado pondremos el foco en el punto de vista de quienes han comenzado a emplear la EIO como herramienta de investigación, valorando las ventajas e inconvenientes que éstos han detectado.

Para finalizar el análisis sobre la EIO, que debe conducirnos al objetivo concreto del capítulo, nos detendremos en la posible relación de esta Orden con el resto de herramientas de cooperación procesal penal. En este sentido, los puntos de contacto de la EIO con otros instrumentos pueden ayudarnos a detectar posibles disfunciones o carencias, así como a orientarnos en las propuestas de mejora de su configuración.

Por último, como paso previo a las propuestas que se formularán en el Capítulo VI, expondremos las recopilaciones que reúnen el resultado del análisis llevado a cabo sobre la EIO.

II. CONCEPTO Y REGULACIÓN

El concepto que guía la creación de la EIO surge de la iniciativa de siete países miembros³⁰³ para crear una herramienta capaz de agilizar la cooperación en investigaciones transnacionales hasta simplificarlas de tal modo que apenas se diferencien, en cuanto a su complejidad, de aquellas que únicamente impliquen a un Estado miembro. Completaremos este concepto con la versatilidad de la que se quiso dotar a la EIO, de modo que constituya un instrumento integral que comprenda todas las medidas de investigación que pueden ser necesarias para llevar a buen término una causa criminal.

En cuanto a su regulación, la Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la Orden Europea de Investigación en materia penal (en adelante DEIO), busca que la libre circulación, ya materializada para mercancías y personas, se aplique también a las pruebas penales dentro del territorio de la Unión.

Funcionalmente, la EIO comprende las dos fases que, con anterioridad, abarcaban la Decisión Marco 2003/577³⁰⁴, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas, y la Decisión Marco 2008/978 relativa al Exhorto Europeo de obtención de pruebas, ambas tratadas en este trabajo. La primera de ellas contemplaba la conservación de las piezas de convicción con el doble objetivo de preservarlas en el caso de que fueran objeto de comiso o bien de que pudieran constituir un medio de prueba, mientras que la

³⁰³ En concreto: Bélgica, Bulgaria, Estonia, España, Austria, Eslovenia y Suecia.

³⁰⁴ Aunque la FD 2003/577 basa en el reconocimiento mutuo la preservación de los bienes y piezas de convicción, confía a la asistencia judicial el traslado de estas últimas lo que, a nuestro juicio, va en detrimento de su efectividad.

segunda de las FD se ceñía al traslado de las pruebas existentes y que estuviesen en poder del país de ejecución.

La EIO supera esta división funcional y comprende tanto la conservación inicial de las piezas de convicción como el posterior traslado al estado de emisión, añadiendo el plus de promover la consecución u obtención de los medios de prueba que todavía no estén en posesión del Estado de ejecución.

En un afán visiblemente integrador, la DEIO trata de superar y mejorar el sistema de cooperación judicial penal con un claro enfoque a la consecución de pruebas allende las propias fronteras y mejorar así una estructura que resultaba claramente compleja³⁰⁵. Así lo calificó la Comisión europea cuando tildó al sistema de circulación de pruebas, previo a la EIO, como fragmentario, incompleto y sujeto a un elenco de motivos de denegación demasiado genérico³⁰⁶.

En este sentido, la EIO pretende abarcar un enfoque horizontal que alcance a todas las medidas de investigación enfocadas a la obtención de pruebas o, al menos, a la mayoría de éstas. Excluye, dentro de esta generalización, las pruebas que puedan obtenerse en el seno de un JIT que se regirán por su normativa específica, así como las cuestiones referentes a la vigilancia transfronteriza a que hace alusión el SA.

No se establece, por tanto, un *numerus clausus* de medidas de investigación disponibles, aunque sí un *mínimum* de medidas que la DEIO indica que deben existir en las legislaciones internas de los Estados miembros, provocando en cierto modo un efecto armonizador indirecto³⁰⁷, sobre el que volveremos más adelante.

³⁰⁵ Sirva como ejemplo de fragmentación normativa los dos instrumentos aprobados con anterioridad con más conexión temporal y sistemática, las Decisiones Marco 2003/577/JAI y 2008/978/JAI, ambas tratadas en este trabajo. La primera enfocada a la salvaguarda de medios que puedan constituir una prueba en el proceso penal y la segunda encaminada al traspaso de pruebas ya existentes. Una súper especialización de las herramientas diseñadas que dificulta la labor del investigador.

³⁰⁶ Comisión Europea, *Making it easier to obtain evidence in criminal matters from one Member State to another and ensuring its admissibility*, 2009, puede consultarse en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_09_497 (Memo/09/497)

³⁰⁷ Arangüena Fanego, C. “Orden europea de investigación: aspectos generales del nuevo instrumento de obtención de prueba penal transfronteriza”, en González Cano, M.I. (Coord.), *Orden Europea de Investigación y Prueba Transfronteriza en la Unión Europea*, ed. Tirant, 2019, p.310.

Además de comprender la mayoría de las medidas de investigación conducentes a la obtención de pruebas, la DEIO, fiel al principio inspirador del MR trata de reducir al mínimo los supuestos en los que es posible denegar el reconocimiento y ejecución de una EIO, así como de reducir la ambigüedad y que cada uno de estos supuestos sea perfectamente identificable y objetivo.

La agilidad y, en gran parte, la utilidad un mecanismo de cooperación reside en la celeridad y la efectividad con que se lleva a cabo el requerimiento demandado. La premura es otra de las metas que persigue la DEIO materializado en el establecimiento de unos plazos concretos para el reconocimiento y la ejecución de una EIO.

Por último, para finalizar con la exposición de la regulación en la que se basa la EIO, en lo referente al ámbito español la DEIO fue transpuesta a nuestro ordenamiento a través de una modificación de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea³⁰⁸. En su nueva redacción la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, dedica el título X de su articulado a la aplicación de la EIO en España. A lo largo de este capítulo, haremos referencia a esta norma cuando resulte ilustrativa del funcionamiento de la EIO para un caso nacional concreto.

III. ANÁLISIS DEL FUNCIONAMIENTO DE LA EIO

Una vez expuestos los conceptos básicos que fundamentaron la creación de la EIO y la norma que sienta las bases de su funcionamiento, en este apartado procederemos a profundizar en los aspectos clave de su funcionamiento. Y ello porque, para poder obtener conclusiones que nos permitan contribuir a la mejora de la eficacia de la EIO, previamente es crucial conocer detalladamente su mecánica de aplicación. Así, en todo momento, este análisis del funcionamiento se llevará a cabo desde un punto de vista crítico que busca detectar posibles áreas de mejora.

³⁰⁸ Dicha modificación se aplicó a través de la Ley 3/2018, de 11 de junio, por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, para regular la Orden Europea de Investigación.

Para aportar una visión lo más amplia posible del funcionamiento de la EIO, este apartado se ha estructurado en nueve puntos que buscan exponer los pormenores de la Orden desde diferentes perspectivas. El primero de ellos consiste en exponer las autoridades que tienen capacidad para emitir una EIO, cuestión que no ha sido sencilla de dilucidar por las diferencias existentes entre los diferentes sistemas procesales europeos.

El segundo punto de este análisis lo ocupará el examen de los casos o procedimientos para los que puede emitirse una EIO, que abarcan la totalidad de los de naturaleza penal y alguna tipología concreta de carácter administrativo.

En tercer lugar, nos detendremos en otro aspecto clave para el funcionamiento de la EIO, como son los motivos que pueden alegarse para la denegación de su reconocimiento y ejecución, y cuyo estudio nos aporta una imagen sobre el grado de eficacia de su aplicación.

El cuarto de los puntos que componen este apartado se dedicará a una cuestión de gran trascendencia como es la legislación a aplicar en la ejecución de los actos de investigación ya sea la propia del Estado en que se materializarán, *lex loci*, o la del país requirente, *lex fori*. Como ya se ha tratado en este trabajo para otras herramientas, en el caso de la EIO esta circunstancia también puede tener incidencia directa en la eficacia procesal de los medios de prueba que se obtengan a través de su aplicación.

Los tres siguientes puntos del apartado, es decir el quinto, sexto y séptimo, examinarán las características concretas que afectan a la aplicación de la DEIO para llevar a cabo las medidas de investigación que se materializan a través de la ejecución de una EIO. Entre estos actos de investigación, se encuentran algunos que la DEIO trata con disposiciones generales, otros para las que dispone reglas específicas y otros que, en nuestra opinión, habrían requerido un tratamiento particularizado por el especial interés que actualmente presentan para las investigaciones criminales.

En octavo lugar analizaremos el papel catalizador que juegan EUROJUST y la EJM en el funcionamiento de la EIO. Como ya pudimos comprobar en el caso de los JIT, la labor de estas instituciones puede influir positivamente en la aplicación de este tipo de medidas. Sólo a través de este análisis podremos obtener conclusiones que nos lleven a mejorar la intervención de estas organizaciones en la aplicación de la Orden.

Por último, para concluir este apartado, detallaremos el modo en que se ejecuta en nuestro territorio una EIO cuando España es el país receptor. De este modo, nos acercaremos a la problemática que puede presentar su aplicación práctica, al menos, desde el punto de vista de nuestro país.

1. Autoridad competente para la emisión de una EIO

A tenor de lo dispuesto en el artículo 2.c) de la DEIO, la Orden debe ser emitida por una autoridad judicial, del Ministerio Fiscal o cualquier otra que tenga competencia para ordenar la obtención de pruebas con arreglo al derecho nacional³⁰⁹. No obstante, en este último supuesto la EIO precisa ser validada con anterioridad a la emisión certificando, especialmente, la necesidad y proporcionalidad de la medida de investigación así como la disponibilidad de la misma en la investigación de un caso similar a nivel nacional.

Conviene aclarar que el concepto de autoridad judicial que se maneja aquí comprende no sólo órganos judiciales dotados de potestad jurisdiccional, sino también los miembros del Ministerio Fiscal sin que, en caso de ser competentes para expedir una EIO, precisen validación alguna³¹⁰.

³⁰⁹ c) «autoridad de emisión»:

i) un juez, órgano jurisdiccional, juez de instrucción o fiscal competente en el asunto de que se trate, o
ii) cualquier otra autoridad competente según la defina el Estado de emisión que, en el asunto específico de que se trate, actúe en calidad de autoridad de investigación en procesos penales y tenga competencia para ordenar la obtención de pruebas con arreglo al Derecho nacional. Además, antes de su transmisión a la autoridad de ejecución, la EIO deberá ser validada, previo control de su conformidad con los requisitos para la emisión de una EIO en virtud de la presente Directiva, en particular las condiciones establecidas en el artículo 6, apartado 1, por un juez, un órgano jurisdiccional, un fiscal o un magistrado instructor del Estado de emisión. Cuando la EIO haya sido validada por una autoridad judicial, dicha autoridad también podrá considerarse autoridad de emisión a efectos de la transmisión de la EIO.

³¹⁰ Arangüena Fanego, C., “Orden europea de...”, *op. cit.*, p. 305.

La DEIO trata, con esta redacción, de adaptarse a la heterogeneidad³¹¹ existente en los países miembros en cuanto a la dirección de la fase de instrucción y, en concreto, en la dirección de la investigación penal. La necesidad de homologación, cuando la EIO no sea emitida por una autoridad judicial o un fiscal, parece lógica si se pretende facilitar el reconocimiento de cualquier decisión judicial extranjera como una equivalente en el propio país. No se excluye, por tanto, que una autoridad policial o agencia gubernamental pueda emitir una EIO siempre que cumpla con la homologación posterior de la autoridad judicial o fiscal, según del país de emisión del que se trate³¹².

En este sentido, puede afirmarse que la DEIO “judicializa” la emisión de una EIO a través de esta homologación³¹³. Se consigue así, al obligar a esta validación de la emisión de la EIO, asegurar que la protección de los derechos fundamentales está garantizada por una autoridad judicial del Estado de emisión³¹⁴.

Al margen de las causas de no reconocimiento que se abordarán posteriormente, el artículo 9.3 de la DEIO establece de manera clara que en caso de que la EIO sea emitida por una autoridad que no coincida con las descritas, el Estado de ejecución podrá devolverla para su correcta expedición³¹⁵.

³¹¹ La dirección de la instrucción del proceso penal varía sustancialmente de un país a otro, dentro de la Unión. En España corre a cargo de un juez instructor, aunque cada vez con mayor protagonismo de la fiscalía, sin embargo en el resto de los países miembros es común que la dirija un Fiscal o, incluso una autoridad administrativa, como es el caso de Dinamarca, aunque este último país haya expresado su deseo de no acogerse a lo tratado en la Directiva objeto de estudio.

³¹² En el caso de que el país emisor sea España, esta circunstancia no supondría una diferencia sustancial a la mecánica seguida en una investigación puramente doméstica en la que muchas de las medidas de investigación propuestas por los diferentes cuerpos policiales precisan del respaldo de la autoridad judicial o fiscal.

³¹³ Secretaría del Consejo de la EU, *Nota conjunta de EUROJUST y de la Red Judicial Europea sobre la aplicación práctica de la Orden Europea de Investigación*, 2019, pp. 12-14, puede consultarse en: [http://eurojust.europa.eu/doclibrary/EUROJUST-framework/Casework/Joint%20note%20of%20EUROJUST%20and%20the%20EJN%20on%20the%20practical%20application%20of%20the%20European%20Investigation%20Order%20\(June%202019\)/2019-06-Joint_Note_EJ-EJN_practical_application_EIO_ES.pdf](http://eurojust.europa.eu/doclibrary/EUROJUST-framework/Casework/Joint%20note%20of%20EUROJUST%20and%20the%20EJN%20on%20the%20practical%20application%20of%20the%20European%20Investigation%20Order%20(June%202019)/2019-06-Joint_Note_EJ-EJN_practical_application_EIO_ES.pdf)

³¹⁴ Martínez García, E., *La Orden Europea de Investigación. Actos de Investigación, Ilicitud de la Prueba y Cooperación judicial transfronteriza*, ed. Tirant, 2016, p. 54.

³¹⁵ 3. Cuando una autoridad de ejecución reciba una EIO que no haya sido emitida por una autoridad de emisión como se especifica en el artículo 2, letra c), la autoridad de ejecución deberá devolver la EIO al Estado de emisión.

Una importante novedad que presenta la DEIO es la posibilidad de que los abogados de los investigados puedan promover, ante estas autoridades competentes, la emisión de una EIO para realizar actos de investigación con el fin de ejercer una defensa efectiva de su representado en el proceso³¹⁶. Se trata de una medida positiva en el ámbito de la cooperación judicial en la EU, donde el foco siempre ha estado en coordinar y mejorar la acción de jueces y fiscales dejando, en cierto modo, en desigualdad de condiciones el ejercicio del derecho de defensa.

De este modo, se pretende poner fin al desequilibrio existente entre la parte acusadora y la acusada para poner a su alcance medidas de investigación de carácter supranacional orientadas a obtener pruebas de descargo³¹⁷.

La ausencia inicial de este derecho ha sido uno de los caballos de Troya por los que habían sido duramente criticados los proyectos iniciales de la DEIO y que finalmente se consiguió superar³¹⁸.

Al margen de los encargados de emitir y ejecutar una EIO, conviene detenerse en una figura diferente definida como “autoridad central” en el artículo 7.1 de la DEIO³¹⁹. En este caso no se trata de una autoridad con capacidad para la emisión de una EIO, sino para de una figura facilitadora de la transmisión de la solicitud.

Entre las funciones que en la práctica están llevando a cabo estas autoridades centrales está, principalmente, la asistencia administrativa en apoyo de las autoridades judiciales, pero también el auxilio en materia de tránsito de detenidos y en los

³¹⁶ Para profundizar en este aspecto, Fiodorova, A. “Emisión de la Orden Europea de Investigación desde la perspectiva del derecho a solicitarla”, en González Cano, M.I. (Coord.), *Orden Europea de Investigación y Prueba Transfronteriza en la Unión Europea*, ed. Tirant, 2019, pp. 534 y ss.

³¹⁷ Martín García, A.; Bujosa Vadell, L., *La obtención de prueba en materia penal en la Unión Europea*, ed. Atelier, 2016, p. 126.

³¹⁸ Martínez García, E., *La Orden Europea...*, *op. cit.*, p. 53.

³¹⁹ 3. No obstante lo dispuesto en el artículo 2, letra d), cada Estado miembro podrá designar una autoridad central o, si así lo prevé su sistema jurídico, más de una, para asistir a las autoridades competentes. Si así lo exige la organización de su sistema judicial interno, todo Estado miembro podrá asignar a sus autoridades centrales la función de transmisión y recepción administrativas de la EIO y de la correspondencia oficial relativa al mismo.

acuerdos de reparto de costes³²⁰. En especial en este último aspecto, la gestión del reparto de costes, la intervención de la autoridad central puede resultar decisiva en los supuestos en los que se planteen divergencias en cuanto a la carga económica que puede acarrear la ejecución de una determinada EIO³²¹.

Resulta evidente que uno de los primeros obstáculos prácticos que encuentra una autoridad de emisión, cuando expide una EIO, consiste en conocer cuál es la autoridad competente para la ejecución a la que debe dirigir su petición. En aquellos países miembros que hayan definido previamente una autoridad central, el problema será menor puesto que corresponderá a ésta el direccionamiento del curso de la petición. Sin embargo, como se ha visto, dicha creación es potestativa y está supeditada a lo dispuesto por el ordenamiento interno del país de ejecución.

En nuestro país, a diferencia de la opción que se eligió para la EAW donde se designó como autoridad central al Ministerio de Justicia, la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, establece que todas las EIO que tengan a España como país de ejecución serán recibidas por el Ministerio Fiscal³²², que acusará recibo a la autoridad emisora y conocerá del reconocimiento y ejecución de la medida solicitada o hará llegar la petición al juez o tribunal competente.

En aquellos Estados miembros que no cuenten con una autoridad central de recepción, adquieren un especial protagonismo tanto la agencia EUROJUST como la Red de Magistrados de Enlace³²³. En una herramienta como la EIO, diseñada para funcionar a través del contacto directo entre autoridades judiciales, estos organismos internacionales facilitan el conocimiento de a qué autoridad judicial concreta ha de dirigirse la petición.

³²⁰ Secretaría del Consejo de la UE. *Nota conjunta de...*, *op. cit.*

³²¹ Arangüena Fanego, C. "Orden europea de...", *op. cit.*, p. 321.

³²² Artículo 187.2 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.

³²³ La red judicial de magistrados de enlace tuvo su origen en la Acción común de 22 de abril de 1996 (96/277/JAI) adoptada por el Consejo en virtud del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, para la creación de un marco de intercambio de magistrados de enlace que permita mejorar la cooperación judicial entre los Estados miembros de la Unión Europea. DO L 105/1 de 27.04.1996. y Acción común de 14 de octubre 1996 (96/602/JAI), por la que se define un marco de orientación común para las iniciativas de los Estados miembros sobre funcionarios de enlace. DO L 268/2 de 19.10.1996.

2. Procedimientos en los que puede emitirse una EIO

En cuanto a los procesos en los que podrá emitirse una EIO, la DEIO limita inicialmente su aplicación al ámbito penal, en aquellos procesos incoados por una autoridad judicial o que puedan llegar a entablarse ante una autoridad judicial de esta jurisdicción, amparando con esta amplia definición a aquellos supuestos en los que la fase de instrucción no sea dirigida por un juez.

Así, añade los procedimientos incoados por autoridades administrativas o judiciales de una jurisdicción no penal, cuando tienen su origen en infracciones al derecho interno del país emisor, siempre que exista la posibilidad de recurso por vía judicial penal³²⁴. Esta extensión, que ya aparecía en la FD 2008/978 relativa al Exhorto Europeo de Obtención de Pruebas, busca aumentar la garantía del proceso haciendo una interpretación extensiva de lo que es una fase de instrucción y asimilándola, en cierto modo, a todo lo que necesariamente preceda a un proceso penal.

Por último, en relación a la naturaleza del sujeto afectado por la Orden, la DEIO considera la aplicación de la casuística citada también a los procesos en los que intervengan personas jurídicas, salvando así cualquier discrepancia que pueda surgir entre los ordenamientos de los diferentes Estados miembros ante el tratamiento jurídico de las asociaciones, corporaciones o fundaciones.

³²⁴ La EIO podrá emitirse:

- a) en relación con los procedimientos penales incoados por una autoridad judicial, o que puedan entablarse ante una autoridad judicial, por hechos constitutivos de delito con arreglo al Derecho interno del Estado de emisión;
- b) en los procedimientos incoados por autoridades administrativas por hechos tipificados en el Derecho interno del Estado de emisión por ser infracciones de disposiciones legales, y cuando la decisión pueda dar lugar a un procedimiento ante una autoridad jurisdiccional competente, en particular, en materia penal;
- c) en los procedimientos incoados por autoridades judiciales por hechos tipificados en el Derecho interno del Estado de emisión por ser infracciones de disposiciones legales, y cuando la decisión pueda dar lugar a un procedimiento ante un órgano jurisdiccional competente, en particular, en materia penal, y
- d) en relación con los procedimientos mencionados en las letras a), b) y c) que se refieran a delitos o infracciones por los cuales una persona jurídica pueda ser considerada responsable o ser castigada en el Estado de emisión.

Queda claro, por tanto, que la EIO es una medida de coordinación judicial que se restringe casi exclusivamente a la jurisdicción penal. No obstante, la infracción que dé lugar a la emisión de una EIO debe cumplir unos requisitos determinados. La selección de la tipología delictiva considerada de entidad suficiente para la tramitación de una EIO, similar a la contemplada en la FD de la EAW, se detallará en el siguiente apartado cuando se traten los motivos de denegación total y parcial.

3. Motivos de denegación y no reconocimiento de una EIO

El arduo camino que siguió la aprobación de la DEIO ha dejado cicatrices en su articulado³²⁵. Las más significativas afectan a los motivos que un Estado Miembro puede esgrimir para no reconocer o denegar el reconocimiento o la ejecución de una EIO solicitada por otro país.

La regulación de los motivos de denegación del reconocimiento y ejecución dan una buena medida de la capacidad de la EIO para facilitar la cooperación judicial efectiva en la obtención de pruebas. Cuanto más se reduzcan los posibles motivos de denegación mayor será su efectividad y la herramienta basculará hacia las bases del MR, alejándose de las de MA.

Uno de los peajes pagados en el camino desde el primer borrador de la DEIO, que data de abril de 2010, hasta su redacción final ha sido la ampliación de los motivos de denegación de la ejecución, que en los borradores iniciales se reducían a cuatro³²⁶. Esta ampliación ha eliminado parte del automatismo inicial que se suponía a la EIO, en aras de una mayor flexibilidad que, en su vertiente negativa, puede aumentar la cuota de arbitrio por parte de los Estados de ejecución.

³²⁵ Para conocer más sobre este complejo proceso, pueden consultarse trabajos como el de Bachmaier Winter, L., “La propuesta de Directiva europea sobre la investigación penal: valoración crítica de los motivos de denegación.”, *Diario La Ley*, nº 7992, 2012 o Aguilera Morales, M. “El exhorto europeo de investigación: a la búsqueda de la eficacia y la protección de los derechos fundamentales en las investigaciones penales transfronterizas”, *Boletín del ministerio de justicia estudio doctrinal*, nº 2145, 2012.

³²⁶ Dichos motivos eran: inmunidad o privilegio que hiciese imposible la ejecución; seguridad nacional, protección de la fuente de información y utilización de información clasificada; inexistencia de medida de investigación en el Estado de ejecución e imposibilidad de sustituirla por otra que alcance un resultado similar; y EIO emitida en determinados procedimientos con medida no autorizada para un caso interno similar.

La lectura superficial de los motivos de denegación que refleja la DEIO da una merecida imagen de complejidad. Así, aparecen motivos de denegación en los artículos 9, 10 y 11, además de los dispuestos en el capítulo IV de la DEIO para determinadas medidas de investigación. Los efectos de dichos motivos de denegación, además, tienen diferente alcance en función del tipo de proceso del que se trate o del acto investigativo que se pretende llevar a cabo. Todo ello dificulta la comprensión de qué limitación afecta a cada medida investigativa y en qué casos han de aplicarse dichas restricciones.

En líneas generales, y aunque el articulado de la DEIO no emplea estos términos, a nuestro juicio pueden establecerse tres categorías de denegación. Por un lado lo que podría denominarse una denegación provisional, que tendría lugar cuando no se reconoce la EIO por presentar defectos formales y que debería subsanarse con la corrección de estos errores.

Por otro lado, podríamos hablar de una denegación parcial, en la que no se produce una privación tajante del acto solicitado sino que, para ser aceptada, la petición emitida ha de modificarse en cuanto al tipo de medidas de investigación concretas que se solicitan.

La tercera y última categoría la conforman aquellas razones que llevan a negar, de plano, el reconocimiento y ejecución de la EIO que recibe el Estado requerido, cuando dicha negación no tiene su origen en aspectos meramente formales, sino en cuestiones de fondo.

a) La denegación provisional

Como adelantábamos, hacemos referencia aquí a los aspectos esencialmente formales que, de incumplirse, pueden impedir el reconocimiento de una EIO y que se encuentran concentrados en los artículos 5 y 9 de la DEIO.

La flexibilidad con la que se diseña la EIO se traduce en que se rebajan la mayoría de las rigideces formales, de modo que los requisitos de esta índole quedan reducidos a que sea emitida por una autoridad competente y a que se rellenen los campos informativos que figuran en el anexo A de la DEIO. Este anexo, supervisado y certificado por la autoridad de emisión, es documento público fehaciente es garantía de la exactitud de los datos mínimos que se le exigen³²⁷. Ha de entenderse, por tanto, que no cumplir estos requisitos daría lugar a una denegación provisional que se mantendría, al menos, hasta que dichos defectos formales fuesen subsanados.

b) La denegación parcial

El segundo de los tipos de denegación se encuentra en el artículo 10 de la DEIO y puede decirse que tiene un carácter parcial, dado que no deniega la ejecución del acto concreto de investigación si no que abre las puertas a que el Estado de recepción elija otra medida de obtención alternativa que consiga los mismos fines. Para esta sustitución, el Estado de ejecución deberá contar siempre con el refrendo del emisor, como se verá más adelante. El artículo 10.1 contempla dos casos que pueden conducir a esta situación:

- a. La medida investigativa no existe en el Estado de ejecución³²⁸.
- b. El acto de investigación requerido por el Estado emisor no podría emplearse para investigar un delito similar en el propio Estado de ejecución³²⁹.

La Directiva prevé que, en estos casos, el Estado emisor pueda retirar la EIO cuando la medida de investigación alternativa, propuesta por el ejecutante, no le parezca propicia.

³²⁷ Martínez García, E., *La Orden Europea...*, *op. cit.*, p. 59.

³²⁸ Podría ser el caso de alguna medida de investigación tecnológica que no esté disponible en el Estado requerido por no haber alcanzado éste el suficiente nivel de desarrollo informático o en telecomunicaciones.

³²⁹ El ejemplo más claro sería la habilitación del uso de ciertas medidas de investigación para ciertos delitos concretos que se produce en el código procesal alemán.

Aunque no se contemple en la Directiva, es opinión extendida que en los casos planteados en los párrafos anteriores la sustitución de la medida solicitada, por otra alternativa propuesta por el Estado requerido, debería ser automática³³⁰. En nuestra opinión, este posible automatismo resultaría del todo inoportuno, dado que en numerosas ocasiones la medida elegida para obtener la información resulta la idónea, según el criterio del investigador y su sustitución por otras podría perjudicar el discurrir de una investigación.³³¹

Si no existe ninguna medida alternativa o el Estado de emisión rechaza las que proponga el de ejecución, resulta obvio que la negación parcial se convierte en definitiva, dado que no habría método legal para conseguir la información requerida a través de una EIO. Hablaríamos, en este caso de un reconocimiento efectivo de la EIO, pero de una ejecución fallida.

De los tres supuestos arriba citados para la denegación parcial, en nuestra opinión, son los descritos en el apartado b) los que podrían plantear mayores dudas en cuanto a la efectividad de la EIO, dado que hace mención tácita a la valoración de la medida investigativa en función del criterio de proporcionalidad aplicado en el Estado de ejecución. Se abre, en nuestra opinión, una puerta a la denegación definitiva por una valoración de la fundamentación de la medida por parte del Estado requerido, función que no le corresponde al tratarse de una medida de cooperación basada en el principio de MR.

Para algunos autores esta puerta supone un control adicional del principio de proporcionalidad en el Estado de ejecución, favorable a la protección de los derechos

³³⁰ Bachmaier Winter, L., “La Orden Europea de investigación y el principio de proporcionalidad”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 25, 2011, p. 25.

³³¹ Sería el caso, por ejemplo, de la obtención de un IMEI o IMSI para la posterior intervención telefónica. Existe la alternativa de librar auto judicial a las compañías telefónicas, o de autorizar el uso de un dispositivo *IMSI catcher*. Aunque ambas medidas podrían resultar igualmente eficaces, habría que descartar la primera cuando se presume que alguna de las compañías puede filtrar la información. En este caso, el estado de emisión, al ser consultado, se negaría a que se sustituyese el uso del IMSI catcher por la gestión con las compañías afectadas. Resulta, esta precaución, de especial interés en el caso de investigaciones por narcotráfico o terrorismo cuando se llevan a cabo en ambiente hostil.

fundamentales³³², cuestión en la que estamos de acuerdo, si bien no nos alineamos con la valoración plenamente positiva de este nuevo control dado que consideramos que debe restringirse a aquellos casos que choquen de plano con los principios jurídicos del Estado de ejecución. Consideramos, en este sentido, que suponen una relajación del principio de MR en materia de investigación delictiva transfronteriza, así como una clara manifestación de la importancia que en la misma juegan el principio de proporcionalidad y la flexibilidad³³³.

No obstante, parece inevitable que dicha posibilidad de sustitución se mantenga pues no tendría sentido que un país no aplicase ciertas medidas por no vulnerar los derechos fundamentales de sus nacionales, en base a sus propios principios jurídicos fundamentales y en cambio sí lo hiciera a requerimiento de otro Estado.

En cualquier caso, el debate sobre la proporcionalidad no es nuevo y ya se ha producido en casos como el de la EAW³³⁴, además de aparecer en los propios ordenamientos internos. La proporcionalidad es un concepto abstracto que, en última instancia, depende en gran parte del punto de vista del director de la investigación³³⁵.

Como colofón a una redacción realmente farragosa, en el artículo 10.2 se expone que las dos opciones expuestas para sustituir la medida de investigación no podrán

³³² Bachmaier Winter, L., “Prueba transnacional penal en Europa: la Directiva 2014/41 relativa a la orden europea de investigación”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 36, 2015.

³³³ Aguilera Morales, M., *El exhorto europeo...*, op. cit., p. 16.

³³⁴ Jimeno Bulnes, M., “Régimen y experiencia práctica de la Orden de Detención y Entrega”, en Arangüena Fanego, C. (Coord.), *Orden Europea de Detención Entrega y garantías procesales*, ed. Tirant, 2011, pp. 109-200.

³³⁵ Para Fordham y De la Mare, la correcta aplicación del principio de proporcionalidad debería responder a las siguientes preguntas:

1. ¿El fin perseguido es legítimo?
2. ¿La medida adoptada sirve para alcanzar ese fin, se ajusta al fin perseguido?
3. ¿Existe una medida menos lesiva para alcanzar ese fin?
4. ¿Valorada en conjunto, puede considerarse que los medios adoptados se justifican por el fin perseguido?

Como puede comprobarse, aunque se intente por parte de dichos autores sistematizar, la aplicación del principio de proporcionalidad sigue teniendo un alto contenido subjetivo. Fordham, M. ; De La Mare, T., “Identifying the principles of Proporcionality”, en Jowell, J. (Coord.), *Understanding Human Rights Principles*, ed. Hart, 2001.

invocarse si el acto que se solicita está encaminado a resolver una causa penal³³⁶ y pertenece a alguna de las siguientes características³³⁷:

- a. la obtención de información o de pruebas que obren ya en poder de la autoridad de ejecución siempre que, de conformidad con el Derecho nacional del Estado de ejecución, esa información o esas pruebas hubieran podido obtenerse en el contexto de un procedimiento penal o a los fines de la EIO.
- b. la obtención de información contenida en bases de datos que obren en poder de las autoridades policiales o judiciales y que sean directamente accesibles a la autoridad de ejecución en el marco de un procedimiento penal.
- c. la declaración de un testigo, un perito, una víctima, un investigado o acusado o un tercero en el territorio del Estado de ejecución.
- d. cualquier medida de investigación no invasiva definida con arreglo al Derecho nacional del Estado de ejecución.
- e. la identificación de personas que sean titulares de un número de teléfono o una dirección IP determinados.

Puede considerarse que estas medidas de investigación gozan de una garantía adicional frente a su no reconocimiento. Es decir, no podrán denegarse aunque la medida en cuestión no exista en el Estado de ejecución o cuando existiendo, no estén disponibles para un caso similar de ámbito doméstico.

La obligatoria disponibilidad de estas medidas supone, en cierto modo, un tímido e indirecto modo de unificar el listado de actos de investigación existentes en los diferentes Estados miembros. Es decir, puesto que no se puede negar su ejecución, se obliga a que formen parte del elenco practicable en ese país³³⁸.

³³⁶ Conviene señalar que el artículo 11.1.c) deja claro que cuando el proceso investigado no sea penal en su origen, es decir, supuestos contemplados en el artículo 4, letras b) y c), no habrá salvedad posible a la denegación cuando la medida de investigación no esté disponible, o no se aplique a un caso interno similar,

³³⁷ Llama la atención la desaparición de este listado de la localización e incautación de mercancías, respecto a algunos de los borradores de la norma que datan de 2010. Ello no significa, obviamente, que dicha medida de investigación deje de estar disponible en la DEIO, pero que no aparezca en este listado de “medidas blindadas” puede suponer un contratiempo en cuanto a que la denegación de su reconocimiento o ejecución resulta ligeramente más sencilla.

³³⁸ Martínez García, E. *La Orden Europea...* op. cit., p. 71.

A modo de ejemplo y para dar por concluidos los supuestos del artículo 10, ningún país podría negarse a facilitar al titular de un número de teléfono implicado en un robo por el simple hecho de que en ese país, dicha medida de investigación no es aplicable para ese tipo de delito.

En nuestra opinión, con las salvedades introducidas en el artículo 10.2 y 10.3, el legislador busca que los sistemas procesales más encorsetados no sean obstáculo para el reconocimiento y ejecución de una EIO. Es decir que la solicitud de una medida de investigación relativamente sencilla y rutinaria no pueda, ni deba, ser denegada alegando su no disponibilidad para la investigación de un tipo penal determinado en un caso similar de ámbito interno.

No obstante, a nuestro juicio, hubiese sido deseable que las salvedades del artículo 10.2 se hubiesen extendido a la casuística que presenta el apartado tercero del mismo artículo, es decir, la decisión o sugerencia de elegir otro medio de investigación menos intrusivo que el solicitado y que supuestamente consiga los mismos fines. Es decir, y aplicando un ejemplo, que aunque existiese una medida de investigación alternativa a la declaración de un acusado, no fuese posible sustituirla por otra diferente por la única razón de que no cuadra con el criterio del Estado de ejecución.

De este modo se hubiese conseguido, al menos en parte, atenuar la discrecionalidad del Estado de ejecución en el momento de determinar si la medida solicitada es o no demasiado intrusiva, al menos cuando se trate de actos tan cotidianos en el ámbito de la investigación como los enumerados en el elenco anterior.

c) Los motivos de denegación total

Los argumentos para la tercera modalidad de denegación de reconocimiento y ejecución, a los que hemos calificado como denegación total, están concentrados en el artículo 11 de la DEIO. En dicho artículo se enumera el elenco más extenso de motivos de denegación que no consisten en errores procedimentales, ni en la posible

sustitución de la medida de investigación solicitada por otra alternativa. Se trata de una lista exhaustiva que debe interpretarse de manera restrictiva, ya que constituyen excepciones al principio de reconocimiento mutuo. Por lo tanto, con arreglo al régimen de la EIO, no se dispone de margen para rechazar la ejecución de una Orden por motivos no incluidos en dicha lista, como por ejemplo el principio de oportunidad³³⁹.

En caso de darse alguno de los supuestos reflejados en el artículo 11.1, los Estados de ejecución podrán denegar el reconocimiento o ejecución del acto de investigación, sin que quepan enmiendas a aspectos formales ni sustituciones por otras medidas de investigación alternativas. Es importante señalar que el texto de la DEIO no prohíbe que se reconozca o ejecute una EIO cuando concurra alguno de estos motivos, sino que habilita a que los Estados puedan contemplar la denegación en base a estas circunstancias. Decisión, esta última, que los países toman a través de sus normativas de transposición.

El primero de estos motivos de denegación total, que recoge el artículo 11.1, hace referencia al caso en el que el sujeto afectado por la medida goce de algún tipo de inmunidad, privilegio o tenga una responsabilidad limitada en virtud de la libertad de prensa o similar. Dentro del propio artículo se matiza y se añade que el Estado de ejecución podrá solicitar la ampliación de los datos y que, incluso, tiene la posibilidad de solicitar a la autoridad competente el levantamiento de dichos privilegios. No obstante, a nadie escapa que en caso de que la medida afecte a uno de estos sujetos, la ejecución de la EIO resultará realmente complicada y, en todo caso, será difícil que se materialice en los plazos temporales establecidos.

La aplicación de este principio de denegación tiene, además, otras dificultades añadidas como la que apunta el considerando 20 de la propia DEIO, cuando reconoce que no existe una definición común de lo que se considera una inmunidad o privilegio en el conjunto de la EU, dejando su configuración a los ordenamientos nacionales.

³³⁹ Secretaría del Consejo de la EU. *Nota conjunta de...*, *op. cit.*, p. 17.

Como se expone con anterioridad, en el mismo artículo 11.1 se incluyen aquellos casos en los que se produce una limitación de la responsabilidad penal en pos de la libertad de prensa o de la libertad de expresión puedan impedir la ejecución de la medida de investigación solicitada. Estos derechos, recogidos en el artículo 11 de la ChFREU, han de ser obligatoriamente respetados por la legislación que se desarrolle en el seno de la Unión, razón por la cual es imprescindible la inclusión de la posible vulneración de los mismos como motivo para el no reconocimiento o ejecución de una EIO.

El segundo de los apartados del artículo 11.1 hace referencia a razones de seguridad nacional, revelación de fuentes o uso de información clasificada relacionada con determinadas actividades de inteligencia. Este punto es uno de los que plantea más dudas en cuanto a la efectiva materialización del principio de MR. Puede constituir un problema porque, a priori, ni siquiera en casos de procesos penales que sólo afectan a un Estado, su solución es sencilla.

El derecho del Estado a mantener ciertas informaciones secretas y a invocar el carácter reservado de ciertos datos frente a la jurisdicción ordinaria no debería traducirse en la impunidad de determinadas conductas delictivas. En opinión de algunos autores, estamos ante un cajón desastre donde, a priori, se hace difícil prever aquellos casos en los que puede que al Estado de ejecución no le interese colaborar por motivos de calado eminentemente político³⁴⁰.

Resulta interesante, desde el punto de vista policial, que en la descripción del supuesto se incluya la posibilidad de la protección de la fuente de información, sin restringirlo al ámbito de la inteligencia. De este modo tiene cabida denegar el reconocimiento y ejecución cuando se trata de proteger la información aportada por confidentes u obtenida por la actuación de agentes encubiertos.

A pesar de lo difícil de la valoración de este motivo, probablemente, la solución para su correcta aplicación pasaría por que, en aras del principio de MR, la autoridad del

³⁴⁰ Martínez García, E., *La Orden Europea...*, op. cit., p. 74.

Estado de ejecución procediese de modo análogo al que aplicaría si la información requerida fuese necesaria para una investigación penal doméstica. En otras palabras, si la legislación del Estado requerido permitiera al Juez comprobar el carácter reservado de la información, o incluso solicitar y obtener la desclasificación de material reservado, debería permitirlo también a petición de un Juez de otro Estado Miembro³⁴¹.

De no ser así, y considerando lo ambiguo de los conceptos como la seguridad nacional o la dificultad de comprobar la existencia de las supuestas fuentes afectadas y el grado de riesgo que corren, la salvedad contemplada en este apartado podría suponer una vía de contaminación política en un proceso que debe mantenerse en un plano puramente judicial, en aras de su eficacia.

El tercer motivo para el no reconocimiento o ejecución total se basa en la posibilidad de que la EIO se emita al amparo de un proceso iniciado en el ámbito administrativo o judicial en una jurisdicción distinta a la penal y que, además, la medida de investigación no esté disponible o no se contemple un caso similar en el país de ejecución de la solicitud. Es decir, y aportando un ejemplo para aclararlo, cuando se trate de una investigación penal en origen, un determinado país no podrá denegar la declaración de un testigo (o cualquier otro de los supuestos contemplados en el artículo 10.2 de la DEIO) amparándose en que dicha medida de investigación no se lleva a cabo dentro de sus fronteras para un caso similar. Sin embargo, sí podrá denegarlo si la misma situación se plantea en un caso en que la causa investigada sea, en origen, una causa administrativa o judicial perteneciente a una jurisdicción diferente a la penal y ese acto de investigación no está contemplado para un caso doméstico similar.

En nuestra opinión, resulta del todo necesario que la intromisión en la soberanía nacional que supone la aplicación del MR tenga ciertos límites y uno de ellos está representado por este punto 11.1.c). En la realidad heterogénea que presentan los sistemas procesales en el seno de la Unión Europea, no todos los Estados contemplan

³⁴¹ Bachmaier Winter, L., “La propuesta de...”, *op. cit.*

la disposición de ciertas medidas de investigación para casos que, al menos en primera instancia, no pertenecen al ámbito penal. Consideramos que en este caso ni en aras del MR tendría sentido que se obligase a un Estado a llevar a cabo un acto de investigación que no podría ordenar para un caso doméstico similar.

Otro de los motivos esgrimidos para la denegación total, contemplado en el artículo 11.1.d), es la posible vulneración del principio de *ne bis in ídem*. Este motivo, curiosamente, no aparecía en las primeras versiones de borrador de la Directiva, lo que originó importantes críticas³⁴²³⁴³. No obstante, y en nuestra opinión de manera acertada, en la redacción final aparece expresamente que la ejecución de una EIO en ningún caso podrá contradecir dicho principio.

El respeto y la observancia del principio jurídico del *ne bis in ídem* supone una premisa fundamental en el diseño de una herramienta de cooperación internacional en la que parece obvio que lo primero que debe comprobarse es si la causa en liza ha sido ya objeto de un proceso en otro Estado³⁴⁴.

En nuestra opinión, la redacción de ese apartado garantiza al individuo su amparo al principio de *ne bis in ídem*, sin olvidar que no es lo mismo juzgar una persona dos veces por la misma causa, que utilizar una misma pieza de convicción legalmente obtenida para dos causas diferentes.

La protección de dicho principio en la construcción de un espacio penal común, más allá de la DEIO, supone un pilar de gran importancia desde el punto de vista doctrinal, pero se convierte en una obligación al estar recogido en el artículo 50 de la ChFREU³⁴⁵, de carácter vinculante desde la entrada en vigor del ToL. En una redacción anterior del

³⁴² Bachmaier Winter, L., “European Investigation Order for Obtaining Evidence in the Criminal Proceedings: Study of the proposal for an European Directive”, *Zis*, nº 41, 2010.

³⁴³ Sayers, D., “The European Investigation Order. Travelling without a roadmap”, *CEPS*, nº 30, 2011.

³⁴⁴ Los primeros trabados del Consejo para eliminar la incidencia del *ne bis in ídem* en el seno de la Unión datan del año 2005, en que se lanzó el Libro Verde sobre los conflictos de jurisdicción y el principio *non bis in ídem* en los procedimientos penales. Puede consultarse en:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV:116011>

³⁴⁵ Derecho a no ser acusado o condenado penalmente dos veces por el mismo delito. Nadie puede ser acusado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la Ley.

mencionado apartado de la DEIO se hacía referencia, además, a la necesidad de respetar el artículo 54 del SA³⁴⁶, incorporado al acervo la Unión Europea³⁴⁷. La intención de la inclusión de esta referencia no podía ser otra que recordar las condiciones en las que se da por vulnerado el principio de *ne bis in ídem* y que han sido plasmadas en varias sentencias del CJEU.³⁴⁸

En este sentido, la EU no deja al albur de las legislaciones nacionales la definición del concepto de *ne bis in ídem*, puesto que es un bien de obligado cumplimiento como derecho originario de la Unión, pero tampoco establece una configuración unitaria que sirva como referencia y que tenga carácter vinculante³⁴⁹.

Entre los motivos de denegación total, uno de los indicadores de la efectiva aplicación del MR es el tratamiento de la figura de la doble incriminación, mencionada con anterioridad en diversos capítulos de este trabajo. Este principio hace referencia a la necesidad o no de que una conducta esté tipificada como delito en los dos Estados implicados en la cooperación judicial para que dicha colaboración se lleve a cabo. Efectivamente, imponer el requisito de la doble incriminación denota una desconfianza entre Estados que no conduce a una participación sincera en el espacio penal europeo. Así lo ha manifestado en varias ocasiones la Comisión Europea.

Éste ha sido otro de los puntos candentes en el azaroso camino que siguieron los diferentes borradores de la Directiva hasta su aprobación final. La idea inicial pretendía eliminar por completo la necesidad de la doble incriminación para el reconocimiento y

³⁴⁶ Artículo 54 del Convenio de aplicación del Convenio Schengen: Una persona que haya sido juzgada en sentencia firme por una Parte contratante no podrá ser perseguida por los mismos hechos por otra Parte contratante, siempre que, en caso de condena, se haya ejecutado la sanción, se esté ejecutando o no pueda ejecutarse ya según la legislación de la Parte contratante donde haya tenido lugar la condena.

³⁴⁷ Una persona que haya sido juzgada en sentencia firme por una parte contratante no podrá ser perseguida por los mismos hechos por otra parte contratante, siempre que , en caso de condena, se haya ejecutado la sanción, se esté ejecutando o no pueda ejecutarse ya según la legislación de la parte contratante.

³⁴⁸ Entre otras, sentencia del CJEU, de 27 de mayo, nº C-129/14, caso *Zoran Spasic*, puede consultarse un extracto de la sentencia en:

<http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-05/cp140077es.pdf>

³⁴⁹ Rodríguez-Medel Nieto, C., *Obtención y admisibilidad en España de la prueba penal transfronteriza. De las comisiones rogatorias a la orden europea de investigación*, ed. Universidad Complutense de Madrid, 2017, pp. 436-437.

ejecución de una EIO, aunque finalmente esta eliminación quedó en una atenuación, hasta niveles aceptables, de su incidencia.

En cualquier caso, la EIO es el primer instrumento de intercambio de pruebas que elimina dicho principio para muchos de los actos de investigación. En primer lugar elimina la posibilidad de denegación por este motivo en casos de medidas investigativas no coercitivas definidas en el artículo 10.2, es decir, declaraciones de sospechosos testigos o peritos, obtención de información que figure en bases de datos, pruebas que ya estén en posesión de las autoridades de ejecución, etc.,...³⁵⁰

En segundo lugar, tampoco puede negarse la ejecución o reconocimiento de una EIO si es relativa a uno de los 32 delitos que figuran en el anexo D de la Directiva³⁵¹ y, además, la pena máxima de prisión prevista en el Estado de emisión para esa conducta supera los tres años. La doctrina, no obstante, ha sido crítica con la necesidad de establecer este mínimo punitivo, considerando que bastaría con que el delito estuviese contenido en el anexo mencionado³⁵².

En definitiva los únicos casos en los que podría invocarse la ausencia de la doble incriminación como motivo de denegación, serían aquellos en los que la medida de investigación fuese coercitiva y estuviese motivada por un delito sólo tipificado en el país de emisión, fuera de la lista de los 32 delitos que figuran en el anexo D o dentro de la lista con una pena máxima de prisión inferior a tres años.

Como puede comprobarse, los casos en los que la ausencia de doble incriminación echaría al traste la ejecución de una EIO se han reducido al mínimo, casi hasta su virtual desaparición. En primer lugar, porque los casos en los que una conducta

³⁵⁰ Por ejemplo, si un juez alemán solicita a la autoridad española que tome declaración a un sospechoso de delinquir por negar el Holocausto (conducta tipificada penalmente en Alemania pero no en España), la autoridad española no podría negarse alegando la ausencia de doble criminalidad, dado que la medida investigativa de toma de declaración no puede considerarse una medida coercitiva.

³⁵¹ Este listado de 32 delitos, que ya aparecía en FD sobre la EAW, ha sido bautizado por diversos autores como el elenco de los eurodelitos.

³⁵² Bachmaier Winter, L., “La propuesta de...”, *op. cit.*

constituye delito en un país, y no en otro, no son abundantes en el seno de la Unión Europea.

Además, sin entrar en un minucioso estudio comparado de los diferentes derechos penales sustantivos europeos, serían excepcionales los casos en los que alguno de los 32 delitos reflejados en el anexo D estuviesen castigados en algún país con penas o medidas de seguridad privativas de libertad inferiores a tres años³⁵³.

En definitiva, la negación de la ejecución o el reconocimiento de una EIO en base a la ausencia de la doble incriminación pueden considerarse reducido al mínimo, lo que supone un indudable avance en la cooperación judicial y, a la vez, un elemento diferenciador en relación a instrumentos anteriores.

El quinto de los motivos de interés que pueden suscitar la denegación es la llamada cláusula de territorialidad, reflejada en el punto 1.e) del artículo 11. Para que se pueda alegar esta causa deben darse de manera solapada las siguientes circunstancias³⁵⁴:

1. Que el delito al cual se refiere la petición de prueba se hubiese cometido presuntamente fuera del Estado de emisión.
2. Que, además, se hubiese cometido total o parcialmente en el territorio del Estado de ejecución.

³⁵³ En el caso de España, sólo habría dos delitos de ese listado que estarían castigados con una pena máxima de prisión inferior a tres años. Uno de ellos sería el “Tráfico ilícito de sustancias hormonales y otros factores de crecimiento”, castigado en el código penal con una pena máxima de dos años de prisión. El otro es el “Violación de derechos de propiedad industrial y falsificación de mercancías” que, en su tipo básico del artículo 270 del CP se castiga con penas de hasta 2 años de prisión. No obstante, el artículo 271 del mismo texto aumenta la pena máxima de prisión a 4 años en casos, por ejemplo, de la elevada cuantía de las ganancias. No parece entonces que este último tipo delictivo suponga ningún problema puesto que la EIO no está pensada, es obvio, para la persecución de un simple “mantero”.

³⁵⁴ Resulta interesante descubrir que en los borradores iniciales de la Directiva, para la denegación del reconocimiento basado en la cláusula de territorialidad era preciso que el acto de investigación requerido tuviese carácter invasivo. En otras palabras, las medidas investigativas que contempla el actual artículo 10.2 no podían denegarse en base a cuestiones de territorialidad. Se reproduce el texto del borrador de diciembre de 2011 que contemplaba esta salvedad:

Article 10 Grounds for non-recognition or non-execution

1...f) the EIO relates to a criminal offence which is alleged to have been committed exclusively outside the territory of the issuing State and wholly or partially on the territory of the executing State, the EIO seeks the use of a coercive measure and the conduct in connection with which the EIO is issued is not an offence in the executing State.

3. Que la conducta que origina la emisión de la EIO no esté tipificada como delito en el Estado de ejecución.

A poco que se analice esta cláusula resulta evidente que se consigue proteger el principio territorial de la jurisdicción y que, en caso de no existir, se generaría una inseguridad jurídica en el ciudadano que no sabría a qué reglas penales está sometido³⁵⁵. La eliminación de esta cláusula sólo tendría sentido en una situación futura ideal en la que la armonización de las reglas penales fuese perfecta y existiese un pleno espacio común de justicia penal europea, en sus aspectos procesales y sustantivos, si es que esa utopía pudiera alcanzarse algún día.

Por último, el artículo 11.1.f) establece un motivo de denegación que, de manera indirecta, está relacionado con las disposiciones comunes que afectan de manera transversal a todas las herramientas de obtención de pruebas transfronterizas en la EU y que fueron tratadas en el Capítulo II de este trabajo. En concreto, se habilita al Estado de ejecución a denegar el reconocimiento o ejecución de una EIO cuando la medida de investigación pueda entrar en conflicto con lo dispuesto en el artículo 6 del ToL³⁵⁶ o en la ChFREU.

El debido respeto a los derechos fundamentales está presente, también, en el artículo 1.4 y el considerando 18 de la DEIO. A tenor de lo dispuesto, si hubiese

³⁵⁵ Como continuación del ejemplo del delito de “Negación del Holocausto”, no tendría sentido que Alemania solicitase a España una intervención de las comunicaciones a un sujeto que ha incurrido en dicha conducta mientras estaba en territorio español, donde dicha acción no es delito.

³⁵⁶ Artículo 6 del ToL:

1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.

Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados.

Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones.

2 La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados.

3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales.

fundadas razones para considerar que una medida de investigación pudiese suponer una vulneración de los derechos fundamentales de los afectados, la ejecución de dicha EIO podría ser denegada.

Consideramos este motivo de denegación como primario, con una consideración por encima del resto de los contemplados, en este sentido algunos autores lo consideran como una cláusula de orden público que supone una garantía específica para el respeto de los derechos fundamentales en el ASFJ³⁵⁷. Por esta razón, llama la atención que en el articulado de la DEIO establezca este motivo de denegación aparezca como potestativo, cuando consideramos que debiera ser imperativo³⁵⁸.

Nos encontramos aquí con el problema en la aplicación práctica que ya adelantábamos en el Capítulo II, consistente en las diferentes perspectivas en cuanto a los derechos fundamentales que existen en los Estados miembros y en el modo en que los protegen. Como exponíamos, el único criterio unificador en la actualidad viene marcado por el respeto a la ChFREU y la ECoHR, y el perfilamiento que hacen el CJEU y el ECHR de su contenido.

En la configuración que lleva a cabo el CJEU, destaca la necesidad de interpretar los ordenamientos nacionales de acuerdo con el derecho de la EU, sin que pueda negarse la ejecución de una medida alegando un nivel de protección de los derechos fundamentales superiores a los establecidos por la EU, como ya se expuso con anterioridad en este trabajo.

Dentro del amplio elenco de derechos contemplados en la ChFREU, la referencia hecha por la DEIO al respeto de su contenido puede concretarse en la observancia de su artículo 47, es decir, el dedicado al derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial. Volvemos en este punto a chocar con una indefinición de lo que debe considerarse un proceso equitativo o cuándo ha de estimarse que se ha quebrantado la tutela judicial efectiva.

³⁵⁷ Bachmaier Winter, L., “Prueba transnacional penal...”, *op. cit.*

³⁵⁸ En este mismo sentido, Domínguez Ruiz, L., *La Orden Europea de Investigación. Análisis legal y aplicaciones prácticas*, ed. Tirant, 2019, p.143.

En este caso, esta indefinición de un proceso equitativo no sólo afecta a la posterior admisibilidad del medio de prueba obtenido, sino que también puede suponer un motivo de denegación que dé lugar a interpretaciones subjetivas por parte del Estado de ejecución. Sería este el caso en el que un país denegase el reconocimiento o ejecución de una EIO basándose, por ejemplo, en una interpretación subjetiva del derecho a que los afectados por una causa sean oídos equitativamente.

En consecuencia, al igual que comprobamos con los JIT o con la EAW, podemos confirmar que la indefinición de lo que puede considerarse un proceso equitativo supone un obstáculo que puede influir en la posterior eficacia procesal de los resultados de la aplicación de la EIO pero, en este caso además, también puede suponer que la Orden ni siquiera pueda ejecutarse por la invocación del motivo de denegación contemplado en el artículo 11.1.f) de la DEIO.

4. Aplicación de las normas procesales del Estado de emisión en territorio ajeno

Aunque en la lectura de la Directiva podría pasar desapercibida, uno de los principales avances que plantea es la posibilidad, expresada en el artículo 9.2³⁵⁹, de extender ciertas normas procesales propias del país de emisión en territorio del Estado de ejecución siempre que no vulneren los principios jurídicos fundamentales de éste último. Es decir, la aplicación del principio del *forum regit actum* cuando se den determinadas condiciones.

En contraposición al *locus regit actum*, este principio puede resumirse para el caso que nos ocupa en practicar actos de investigación en el territorio del Estado de ejecución, aplicando la legislación del país de emisión. De este modo, la utilización de los medios de prueba obtenidos en el extranjero en la fase oral del proceso es mucho más sencilla y minimiza los problemas de homologación cuando son usados en el país

³⁵⁹ Artículo 9.2. La autoridad de ejecución observará las formalidades y procedimientos expresamente indicados por la autoridad de emisión, salvo que la presente Directiva disponga lo contrario y siempre que tales formalidades y procedimientos no sean contrarios a los principios jurídicos fundamentales del Estado de ejecución.

propio, ya que se habrían respetado las garantías procesales del país en el que va a completarse el proceso.

Como puede apreciarse es un concepto ligeramente diferente al de MR, tal y como se adelantaba en capítulos anteriores. No sólo se acepta una resolución extranjera, sino que además se consiente que un ordenamiento extranjero se “inserte” en el territorio nacional.

En el caso concreto reflejado en el artículo 9.2, la aplicación del *forum regit actum* protege en cualquier caso las garantías procesales establecidas en el Estado de ejecución, al limitar la aplicación de los procedimientos pretendidos por el país emisor a la no vulneración de los principios jurídicos fundamentales del Estado en el que va a llevarse a cabo la medida de investigación.

Es decir, las normas procesales del Estado de emisión podrán aplicarse en territorio del país de ejecución, siempre y cuando ofrezcan tantas garantías o más para el encausado que las que se aplicarían en un caso estrictamente nacional.

5. Medidas de investigación disponibles a través de una EIO

La EIO nació con un propósito de amplia versatilidad en cuanto a su funcionalidad. En su artículo 3³⁶⁰ deja claro que su ámbito de aplicación afectará a todas las medidas de investigación, salvo aquellas que se obtengan en el marco de la constitución de un JIT³⁶¹, única figura en este ámbito que convive con la DEIO en el ámbito de la obtención de pruebas transfronterizas. Esto significa un avance importante, dado que no se describen de manera positiva una serie de medidas para las que una EIO es

³⁶⁰ Artículo 3

La EIO comprenderá todas las medidas de investigación con excepción de la creación de un equipo conjunto de investigación y la obtención de pruebas en dicho equipo, como queda establecido en el artículo 13 del Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea («el Convenio») y en la Decisión Marco 2002/465/JAI del Consejo salvo a efectos de la aplicación, respectivamente, del artículo 13, apartado 8, del Convenio y del artículo 1, apartado 8, de la Decisión Marco.

³⁶¹ Para más información sobre los JIT, consultar Capítulo III de este trabajo.

efectiva sino, al contrario, cualquier medida que pueda surgir en la instrucción de un proceso penal se entenderá incluida por defecto.

Sólo determinadas medidas de investigación deberán llevarse a cabo cumpliendo ciertos requisitos específicos, descritas en el capítulo IV de la Directiva, como se detallará más adelante. La contribución a la mejora de la EIO para facilitar una verdadera libre circulación de pruebas en el AFSJ debe resultar, por ello, esencial.

6. Medidas de investigación para las que se establecen disposiciones específicas

El capítulo IV de la Directiva establece una serie de medidas de investigación para las que habilita ciertos motivos concretos y adicionales de denegación. Para parte de la doctrina, esta adición de requisitos para la ejecución de ciertas medidas de investigación puede considerarse una quiebra de la confianza mutua entre los Estados miembros a la hora de reconocer de forma automática las resoluciones dictadas por las autoridades competentes de otros Estados³⁶².

A continuación pasarán a analizarse estas medidas de investigación para cuyo reconocimiento y ejecución la DEIO prevé algunos requisitos específicos.

a) Traslado temporal de detenidos

Entre los actos de investigación para los que la DEIO contempla requerimientos especiales, se encuentra el traslado temporal de detenidos cuando se requiera la presencia del afectado para la práctica del correspondiente acto de investigación. En las investigaciones llevadas a cabo en España, esta circunstancia se da con cierta frecuencia por lo que es previsible que sea una de las figuras más empleadas en los próximos años de aplicación de la EIO.

³⁶² Domínguez Ruiz, L., *La Orden Europea...*, *op.cit.*, p.153.

En este sentido, las aplicaciones prácticas en las que es necesario el traslado del detenido son múltiples, como llevar a cabo ruedas de reconocimiento, careos, reconstrucciones de hechos o registros domiciliarios.

Los artículos 22 y 23 de la DEIO hacen alusión al traslado del detenido sin especificar el tipo de privación de libertad en que éste se encuentra. En este sentido, aplicado al ordenamiento español podría, a priori, tratarse de un supuesto de detención policial, ya sea en plazo ordinario³⁶³ o extraordinario, de una detención judicial, de una medida de prisión provisional o bien tratarse de un sujeto que cumple condena por sentencia firme.

No obstante, los plazos que se describen en el artículo 12 de la Directiva para el reconocimiento y la ejecución de una EIO, sobre los que se volverá más adelante, sumados a la posibilidad de no ejecución si el traslado del afectado prolonga su detención descartan que pueda accederse al traslado de un detenido que se halle en el estadio inicial de la detención, ya sea bajo custodia policial o judicial.

Parece, por descarte, que el traslado de un detenido con el fin de llevar a cabo una medida de investigación, al que alude la DEIO, está referido a aquellos sujetos sometidos a la medida cautelar de prisión preventiva o que cumplan condena por otra causa. A este respecto, resulta llamativo que la DEIO no prevea mecanismos para saber cuándo un sujeto está privado de libertad en otro Estado miembro. Esta situación no debe plantear problemas cuando la persona haya sido condenada, dado que se podrá acudir a los registros de penados, pero se complica cuando el afectado cumple prisión provisional³⁶⁴.

³⁶³ Entendidos el plazo ordinario como las 72 horas a las que hace referencia el artículo 520.1º.II de la LECrim y como extraordinario el de 10 días que establece la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, sobre estados de alarma, excepción y sitio, y las 96 horas que establece el artículo 520 bis.1º de la LECrim para casos de terrorismo.

³⁶⁴ Estévez Mendoza, M., “El traslado temporal de personas privadas de libertad al amparo de la orden europea de investigación: especialidades según la regulación española”, en González Cano, M.I. (Coord.), *Orden Europea de Investigación y Prueba Transfronteriza en la Unión Europea*, ed. Tirant, 2019, p. 364.

Se prevén dos causas específicas y potestativas de posible denegación para este acto de investigación, al margen de las genéricas. La primera de ellas, ya citada, se basa en que el traslado del detenido prolongue el tiempo en que el afectado se ve privado de libertad. El otro caso para el que se contempla la posibilidad de no acceder a lo solicitado por el Estado de emisión, se fundamenta en que el afectado no dé su consentimiento.

Como ya se adelantó en el Capítulo IV de este trabajo, existe una diferencia fundamental entre el tratamiento que hace la DEIO del no consentimiento del afectado respecto a la que hacía la FDEAW. En la FD, la negativa del detenido se traduce en que sea oído por la autoridad judicial de ejecución³⁶⁵, lo que no tiene porqué traducirse en que dicho traslado no sea llevado a cabo.

Sin embargo, la DEIO contempla la negativa del detenido como una causa potestativa de denegación en el caso de esta medida de investigación concreta³⁶⁶. Es decir, cabe la posibilidad de que el no consentimiento del detenido extinga la solicitud de traslado al país de emisión y frustre la prestación del auxilio por parte del Estado receptor de la EIO.

Si la aplicación por parte de los Estados miembros de esta medida de denegación potestativa se hace de un modo generalizado podría suponer, a nuestro juicio, una quiebra importante en la efectividad de esta medida de investigación. No parece probable que un detenido preste su consentimiento para su traslado a otro Estado miembro para obtener piezas de convicción que bien podrían suponerle otras condenas en ulteriores procesos.

³⁶⁵ Artículo 14 de la FD de la OEDE:

“Cuando la persona detenida no consienta en su entrega, tal como se menciona en el artículo 13, tendrá derecho a ser oída por la autoridad judicial de ejecución, de conformidad con el Derecho interno del Estado miembro de ejecución”

³⁶⁶ Artículo 22.2 de la DEIO:

Además de los motivos de denegación del reconocimiento o de la ejecución establecidos en el artículo 11, la ejecución de la EIO podrá denegarse también en caso de que:

- a) el detenido no dé su consentimiento; o
- b) el traslado pueda causar la prolongación de la detención del detenido.

Cabe la posibilidad, claro está, de que los medios de prueba que puedan obtenerse con el traslado del detenido estén destinados a exculpar o atenuar el grado de responsabilidad del investigado en algún proceso que se halle en fase de instrucción. En este caso sí resultaría lógico que el reo prestase su consentimiento a ser trasladado al país que le requiera.

Por ilustrarlo con un ejemplo real de transposición a un ordenamiento nacional, España convierte este motivo potestativo de denegación en uno que no deja margen de discrecionalidad, tal y como establece el artículo 215³⁶⁷ de la LRM. En consecuencia nuestro país, en todo caso, denegará la entrega de un detenido a otro Estado miembro para la práctica de un acto de investigación, si la persona a trasladar no da su consentimiento.

Volviendo a la relación entre la DEIO y la FDEAW en cuanto al traslado de detenidos para llevar a cabo acciones penales, consideramos injustificado el diferente tratamiento que recibe el consentimiento del detenido según se emplee uno u otro instrumento de cooperación. En este sentido consideramos que, dado que se trata de llevar a cabo medidas de investigación que requieren la presencia del detenido, dicho traslado siempre debería hacerse al amparo de una EIO. Si bien, en nuestra opinión, la redacción que presenta la DEIO relativa a este tipo de medidas de investigación debería tratar el consentimiento del afectado en términos similares a los de la actual redacción de la EAW, esto es, que no resulte determinante para que dicho traslado pueda llevarse a cabo.

³⁶⁷ Artículo 215 de la LRM

Ejecución de una orden europea de investigación para el traslado temporal a España de personas privadas de libertad en el Estado de emisión.

La autoridad española competente denegará el reconocimiento y ejecución de una orden europea de investigación para el traslado temporal a España de personas privadas de libertad en el Estado de emisión, además de en los supuestos previstos en el apartado 1 del artículo 32 y en el artículo 207, en caso de que la persona privada de libertad no dé su consentimiento. Cuando, debido a su edad o estado físico o psíquico, no pueda dar su opinión, la misma se recabará a través de su representante legal.

.../

b) Comparecencia por videoconferencia u otros medios de transmisión audiovisual

La DEIO contempla la posibilidad de prestar declaración a través de videoconferencia, estableciendo un régimen diferenciado cuando la persona a declarar lo haga como perito o testigo, o bien cuando lo haga en calidad de investigado o acusado.

Aunque en términos generales el tratamiento que hace de la declaración de testigos, peritos e investigados es muy similar, la DEIO aplica distinciones en cuanto al consentimiento de los afectados. En el caso de los investigados o acusados, el artículo 24.2 de la Directiva contempla, al igual que se establece para el traslado de detenidos, la causa específica de denegación cuando el encausado no dé su consentimiento, aunque este motivo de denegación tiene un carácter potestativo que podrán aplicar o no los Estados en su legislación de transposición³⁶⁸.

También se introduce otra causa potestativa de denegación, en este caso común para investigados y testigos, consistente en aquellos casos en los que se vulneren los principios fundamentales del Derecho del Estado de ejecución.

Al igual que ocurría con el traslado de detenidos, consideramos que el hecho de que la posible declaración del detenido tenga un carácter potestativo para el afectado atenúa la efectividad que podría tener la solicitud de este medio de investigación a través de una EIO. No se trata, en nuestra opinión, de obligar a un detenido a declarar sino de tratar que no esté al albur de su voluntad la posibilidad de comparecer utilizando este tipo de avances tecnológicos.

³⁶⁸ Artículo 24 de la DEIO

Comparecencia por videoconferencia u otros medios de transmisión audiovisual

/...

2. Además de los motivos de denegación del reconocimiento o de la ejecución establecidos en el artículo 11, la ejecución de la EIO podrá denegarse también en caso de que:

a) el investigado o el acusado no dé su consentimiento, o

b) la ejecución de dicha medida de investigación en un caso concreto sea contraria a los principios fundamentales del Derecho del Estado de ejecución.

Otro de los aspectos llamativos respecto a la ejecución de una EIO enfocada al empleo de videoconferencias u otros medios de transmisión audiovisual para la declaración de peritos y testigos, es la exigencia de la presencia de un representante de la autoridad competente del Estado de ejecución mientras dicha medida de investigación se lleva a cabo.

En este sentido se plantea la duda acerca de qué entiende el legislador por autoridad competente. A priori debe descartarse que se trate de la Autoridad de ejecución puesto que aporta una definición de ésta en el artículo 2 y, por técnica normativa, debería emplear el mismo término para el mismo concepto a lo largo de todo el texto.

Debe entenderse, a nuestro juicio, que en la declaración deberá estar presente un representante de la autoridad competente para llevar a cabo una medida similar en un procedimiento nacional. En el caso de nuestro país es de esperar que la ejecución de un acto de prueba de este tipo debiera contar con la presencia del Letrado de la Administración de Justicia, o del propio Fiscal cuando corresponda a éste la dirección de la investigación³⁶⁹.

Al margen de las prevenciones establecidas resulta llamativo, y en cierto modo decepcionante, el limitado uso que la Directiva hace de las videoconferencias o medios análogos para practicar las diferentes medidas de investigación que se llevan a cabo en un proceso penal³⁷⁰.

³⁶⁹ Si la asistencia de la autoridad va encaminada estrictamente a verificar la identidad del declarante, valdría para ello la presencia de cualquier fedatario reconocido para el Estado de emisión. Sería el caso, por ejemplo, de un Cónsul destacado en territorio del Estado de recepción

³⁷⁰ El artículo 24 de la DEIO es casi una reproducción exacta del artículo 10 del Convenio de Asistencia Judicial en Materia Judicial entre Estados Miembros de la UE:

Artículo 10, Audición por videoconferencia

/...

9. Los Estados miembros podrán, si lo consideran oportuno, aplicar igualmente las disposiciones del presente artículo, cuando sea apropiado y con el acuerdo de sus autoridades judiciales competentes, a la audición por videoconferencia de un acusado. En este caso, la decisión de mantener la videoconferencia y la forma en que ésta se lleve a cabo estarán supeditadas al acuerdo de los Estados miembros de que se trate, de conformidad con su Derecho interno y con los correspondientes instrumentos internacionales, incluido el Convenio Europeo de 1950 para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

Todo Estado miembro podrá declarar, al efectuar la notificación prevista en el apartado 2 del artículo

Existen, además, otros actos en los que podría haberse sacado mucho más provecho del uso de las tecnologías citadas. En este sentido, y considerando la calidad de transmisión de sonido e imagen que en la actualidad presentan este tipo de medios, el uso de la videoconferencias o medios similares podría haberse aplicado perfectamente para actos de investigación encaminados al reconocimiento de identidad, siempre que quede garantizado el derecho de defensa del afectado³⁷¹³⁷².

Obviamente, resulta primordial respetar los principios de inmediación, oralidad y contradicción a la hora de introducir los elementos de convicción en la fase oral del proceso. No obstante, no parece que la audición por videoconferencia presente obstáculo alguno para preservar dichas garantías. Caso aparte sería el empleo de grabaciones de audio o vídeo en los que el interlocutor no estuviese presente, las conocidas como “audiciones en conserva”.

c) Información de ámbito financiero

La DEIO también prevé el tránsito de información acerca de productos bancarios y financieros, así como el acceso al histórico de movimientos y transferencias de fondos. La medida, de una indudable utilidad desde el punto de vista de la investigación, tan sólo presenta la particularidad de requerir una justificación por parte del Estado emisor acerca de la necesidad de tal cesión de datos para el buen transcurso de la investigación y otra, de carácter más práctico, que muestre las razones que indican

27, que no tiene intención de aplicar el párrafo primero. Dicha declaración podrá retirarse en cualquier momento.

La audición sólo podrá llevarse a cabo con el consentimiento de la persona acusada. El Consejo, en un instrumento jurídicamente vinculante, adoptará las normas que sean necesarias con vistas a la protección de los derechos de los acusados.

³⁷¹ Resultan especialmente interesantes las conclusiones de la reunión organizada por el CEJ y la Fiscalía General del Estado en relación con el uso de la videoconferencia en los procedimientos penales y en cooperación judicial internacional. Pueden leerse en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/conclusionesfinales_cursovideoconferencia.pdf?idFile=ab4233ae-b7e0-4158-ba52-0114bce0b716

³⁷² Cabezudo Bajo, M. J., “Avance hacia un juicio penal íntegramente telemático mediante un uso más generalizado de la videoconferencia: eficiencia y derechos fundamentales”, *Revista General de Derecho Procesal (IUSTEL)*, nº 52, 2020.

que, efectivamente, el o los investigados tienen una cuenta en territorio del Estado de ejecución y, si es posible, en qué entidad o entidades podrían tenerla.

La necesidad de esa mínima justificación no debe ser óbice para que la medida goce de la eficacia necesaria. Entra en juego en un campo de investigación, el financiero, que presenta una gran complejidad y que adolece de instrumentos de eficacia necesaria³⁷³. No obstante, en el marco de una norma que ve la luz amparada por el principio del MR, sostenido a su vez por la necesaria confianza entre los Estados participantes, no parece que acabe de encajar esa justificación que, aunque tenga un carácter básico, no aparece en la solicitud de medidas de investigación que a nuestro juicio pueden resultar más coercitivas, como puede ser el traslado de un detenido.

d) La obtención de pruebas en tiempo real y de manera continua

Debe entenderse que las medidas referidas en este apartado son aquellas que van a requerir un seguimiento continuo de la actividad de los encausados y una revisión reiterada del estado de los datos requeridos. Con las disposiciones específicas que se establecen para este tipo de medidas se produce un estrecho contacto, casi solapamiento, con lo dispuesto en la FDJIT. Cabe recordar que, de estos Equipos, resaltábamos la inmediatez en la obtención de los medios de prueba así como la agilidad en su compartición entre los países que los integran.

Cuando en la DEIO se mencionan las medidas de investigación que impliquen la obtención de pruebas en tiempo real, es inevitable la comparación con los JIT. No en vano, se trata de actos de investigación con cierto carácter operativo que justificarían, en su caso, la constitución de un JIT. Ocurre lo mismo con otras medidas que se verán

³⁷³ En este sentido, llama la atención la pérdida de eficacia que se produce en el desarrollo normativo de disposiciones que, a priori, parecen más que adecuadas. Un ejemplo sería la directiva 2005/60/CE Del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 2005 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo. Un artículo de la ley contemplaba crear un Fichero de Titularidades Financieras que incluyera datos de cuentas. La trasposición de esa directiva en la Ley 10/2010 mantenía ese espíritu, pero en 2014, al redactar el reglamento donde antes había un punto y aparte se añadió una excepción según la cual, los bancos españoles estaban obligados a ceder a los investigadores esos datos, sí, pero sólo de sus oficinas en España, no de las sucursales en el extranjero.

en los siguientes apartados como son la realización de investigaciones encubiertas o las intervenciones telefónicas.

Ante la necesidad de obtener algún medio de prueba a través de estas medidas de investigación, a la autoridad encargada de dirigir las pesquisas se le puede plantear la disyuntiva entre constituir un JIT para la totalidad de la investigación, o recurrir a la emisión de una EIO solicitando la materialización del auxilio a la autoridad correspondiente del Estado de ejecución.

No queremos decir que la alternativa de recurrir a un JIT no esté disponible en el resto de medidas de investigación ya tratadas y contempladas por la DEIO, sino que al tratarse en este caso de actividades de carácter más operativo y continuo, que incluso pueden requerir una respuesta inmediata sobre el terreno ante la ocurrencia de ciertos hechos, la constitución de un JIT puede suponer una solución más adecuada.

Frente a la operatividad que ofrecen los JIT, puede entenderse que la autoridad directora de la investigación prefiera las ventajas que supone una EIO. Para la obtención un dato aislado, resultaría lógico hacer uso de la DEIO considerando la agilidad de su petición, así como la rapidez en el reconocimiento y ejecución. La constitución de un JIT, con las negociaciones previas que conlleva, parece más adecuada para aquellos casos en los que se vayan a requerir múltiples auxilios y, además, afecten a medidas de investigación de diversa índole.

De vuelta a las particularidades que la DEIO establece para las medidas que requieran la obtención de pruebas en tiempo real, se plantean tres limitaciones.

Por un lado, el reconocimiento y ejecución podrán denegarse en caso de que la medida solicitada no esté disponible para un caso similar, aunque el proceso para el que se dicte sea estrictamente penal³⁷⁴. El segundo inconveniente se encuentra en la

³⁷⁴ Es importante la diferencia con el motivo genérico de denegación contemplado en el artículo 11. 1c), la que podía invocarse la no disponibilidad de la medida para un caso similar de ámbito nacional siempre que se hubiese solicitado en el marco de un proceso administrativo o de otra jurisdicción que pudiese ser recurrido en el ámbito penal.

necesidad de que el Estado de emisión justifique las razones por las que considera que la información solicitada es relevante para el procedimiento penal. No obstante, el articulado no prevé que el Estado de ejecución pueda entrar a valorar la oportunidad o no de las razones esgrimidas ni que, en base a ello, pueda denegar el reconocimiento o ejecución. Debe considerarse, por tanto, que se trata más de un mero trámite que de un obstáculo que entorpezca la prestación del auxilio.

La tercera particularidad afecta a la planificación y ejecución de la medida. Supone que las autoridades de ambos Estados deberán acordar las disposiciones prácticas en relación con la medida solicitada, cuando éstas tengan un marcado carácter operativo y que, en todo caso, la competencia para actuar, dirigir y controlar las operaciones correspondientes recaerá en las autoridades del Estado de ejecución.

Las tres prevenciones parecen del todo lógicas y la redacción dada en el texto de la Directiva permite en la práctica un amplio abanico de posibilidades en cuanto al cumplimiento de la medida solicitada.

Resulta curioso que en el propio artículo se establezcan dos ejemplos de medidas, como son el seguimiento de operaciones bancarias/financieras³⁷⁵ y la realización de entregas vigiladas, y no se contemple un tercer apartado de contenido genérico que ayude a la asimilación por analogía de otras medidas que puedan guardar cierta similitud con los dos ejemplos aportados. No obstante, en nuestra opinión el simple hecho de adelantar que se trata de ejemplos y no de una enumeración cerrada, habilita a aplicar el artículo a medidas de diferente cariz pero que requieran igualmente la obtención de medios de prueba en tiempo real.

e) Investigaciones encubiertas

La realización de investigaciones encubiertas supone una actividad especialmente sensible para cualquier Estado en cuyo territorio se desarrollen. No en vano, se trata

³⁷⁵ No debe confundirse el seguimiento de operaciones bancarias o financieras, con la medida tratada en apartados anteriores y que consistía en conocer información puntual sobre cuentas bancarias y financieras.

de una medida de investigación en la que la línea entre la actividad policial y la protección de los derechos fundamentales de los investigados es a menudo difusa.

Este concepto puede albergar, a priori, un amplio elenco de actividades que se desarrollen de manera discreta como puede ser la vigilancia de una instalación o edificio, o el control de actividades de un individuo, cuando se éstas se realicen en el ámbito de trabajo de un servicio de inteligencia o de información.

No obstante, la DEIO alude explícitamente a la figura del agente encubierto que realiza su trabajo a través de la infiltración en una organización criminal o que hace uso de una identidad doblada³⁷⁶. Este tipo de investigaciones se llevan a cabo en un terreno excesivamente ambiguo no sólo desde el punto de vista de la validez de los medios de prueba obtenidos en un proceso penal, sino también en el plano más amplio de la legalidad y de la posible vulneración de los derechos fundamentales de los afectados, todo ello sorteando siempre la figura de la provocación del delito o de la cooperación indispensable. Por este motivo, la actuación de los agentes encubiertos ha sido objeto de extensos debates y análisis jurisprudenciales tanto en nuestro país³⁷⁷ como en los del entorno europeo.

Estas características justifican que el legislador introdujese para este tipo de medida de investigación la obligación algunos requisitos adicionales. Por un lado, la necesidad de justificación argumentada por parte del Estado de emisión, que ya hemos visto para otras medidas, y una argumentación que justifique que la medida es indispensable para obtener los medios de prueba que se pretenden.

³⁷⁶ Tanto en la Directiva como en legislación nacional y documentación relativa al asunto se utiliza el término, ilegal en España, de “*identidad falsa*”. En todo caso, lo que puede emplear un agente encubierto, al menos en nuestro país, es una “*identidad supuesta*”. La principal diferencia radica en que la identidad supuesta, o doblada, corresponde a un sujeto concreto registrado en los archivos correspondientes del Ministerio del Interior y perfectamente rastreable de acuerdo con lo que dispone el artículo 282 bis de la LECrim. La “*identidad falsa*”, por el contrario, es un concepto que pertenece al ámbito delincencial o, en determinados países, al mundo del espionaje.

³⁷⁷ Para obtener una visión general que consigue sintetizar la complejidad de esta materia, consultar Alcolado Chico, M.T., “La evolución hacia la moderna funcionalidad del agente encubierto: incidencia de las nuevas reglas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *Revista Jurídica de Asturias*, nº 39, 2016.

Por otro lado, también estipula que sea el Estado de ejecución el que decida sobre el reconocimiento y ejecución de las solicitudes de investigaciones encubiertas, basándose en sus procedimientos y ordenamiento jurídico interno. Además, supedita la ejecución a que exista un acuerdo sobre la duración, condiciones de materialización de la labor operativa y régimen jurídico de los agentes intervinientes, correspondiendo al Estado de ejecución la decisión sobre la oportunidad de su ejecución, así como la dirección y el control de la misma.

Es sencillo deducir que la solicitud del auxilio de la realización de una investigación encubierta y en particular los mecanismos diseñados para su reconocimiento y ejecución, se apartan significativamente del principio de MR que inspira a la Directiva.

No obstante, en nuestra opinión, debe considerarse un éxito el mero hecho de que la Directiva contemple la posibilidad de realizar este tipo de investigaciones a instancia de un país extranjero, independientemente de las necesidades de justificación y la imposición de las condiciones de ejecución que establece el artículo 29³⁷⁸. Resulta lógico y deseable que este tipo de actividades que, con frecuencia pisan el terreno reservado al espionaje, sean objeto de una tutela especialmente cercana por parte del país en el que se va a ejecutar la medida.

³⁷⁸ Artículo 29 Investigaciones encubiertas

/...

2. En la EIO, la autoridad de emisión indicará las razones por las que considera que la realización de investigaciones encubiertas puede ser pertinente para un procedimiento penal. En cada caso particular, la decisión relativa al reconocimiento y ejecución de una EIO emitida en virtud del presente artículo será adoptada por las autoridades competentes del Estado de ejecución ateniéndose a su Derecho interno y a sus procedimientos nacionales.

3. Además de los motivos de denegación del reconocimiento y de la ejecución establecidos en el artículo 11, la ejecución de la EIO mencionado en el apartado 1 podrá denegarse por la autoridad de ejecución también si:

- a) la realización de investigaciones encubiertas no estuviera autorizada en casos internos similares,
- o
- b) no se ha podido llegar a un acuerdo sobre las disposiciones relativas a las investigaciones encubiertas, en virtud el apartado 4.

4. Estado miembro en cuyo territorio se realicen. La competencia de actuación, así como la dirección y el control de las operaciones relacionadas con las la investigaciones encubiertas recaerán en las autoridades competentes del Estado de ejecución. Los Estados de ejecución y de emisión acordarán la duración de la investigación encubierta, las condiciones concretas y el régimen jurídico de los agentes de que se trate, ateniéndose a sus respectivos Derechos internos y procedimientos nacionales.

7. Medidas de investigación de especial interés y sin regulación específica en la DEIO

Como se cita al comienzo de este capítulo, la DEIO tiene una vocación generalista en la que pretenden tener cabida todas las medidas de investigación que suelen emplearse en el transcurso de una investigación criminal. Para completar esta regulación, el capítulo IV de la DEIO contempla una serie de disposiciones específicas para una serie de actos de investigación que tiene un cariz más invasivo, a las que hemos dedicado el punto anterior.

No obstante, entre estas medidas que disponen de una regulación específica, echamos de menos algunos actos de investigación que, por su cotidianeidad y complejidad, deberían contar con disposiciones que profundizasen en el modo en que han de llevarse a cabo, para incrementar la eficacia procesal de los resultados obtenidos de la aplicación de los mismos en un caso transfronterizo y que, consideramos, tendrían que recogerse en el mencionado capítulo IV de la DEIO.

Aunque esta serie de medidas que contemplamos no constituye, en ningún caso, un listado cerrado, nuestra experiencia como investigadores nos lleva a resaltar la ausencia de disposiciones específicas para la obtención de la prueba electrónica, la toma y cotejo de muestras biológicas, y para la instalación de determinados medios técnicos.

No sería ajustado a la realidad afirmar que estas medidas de investigación no tienen cabida a través de una EIO, puesto que la DEIO posee un marcado carácter generalista que no excluye tipología alguna de actos investigativos, a excepción ya mencionada de los que lleven a cabo los JIT.

Sin embargo, consideramos que convendría que la DEIO hubiese descendido más en los detalles de estos actos de investigación, con el fin de evitar previsibles disyuntivas que habrán de solventarse a través de jurisprudencia del ECHR o del CJEU.

La primera de estas ausencias notables la constituyen las pruebas electrónicas transfronterizas, entendidas como los datos relacionados con la identidad de los abonados a un determinado servicio, los relativos al acceso, a la transacción y a los contenidos que se hayan generado en una comunicación.

Este tipo de información constituye, cada vez más, un elemento de gran valor para las investigaciones contra el crimen organizado, puesto que estas organizaciones emplean este tipo de proveedores de servicios como medios de comunicación segura, entre otros fines.

En este caso, no obstante, los legisladores europeos ya han puesto remedio a esta carencia a través de la propuesta de Reglamento del parlamento europeo y del consejo sobre las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal, todavía ciernes en el momento de realizar este trabajo.

No nos extenderemos en la exposición de esta interesante iniciativa, por no ser objeto central de este trabajo, aunque sí destacaremos dos características que bien pueden servir como precedente para otras normas, complementarias de la DEIO, que vean la luz en el futuro.

La primera de estas particularidades consiste en la propia naturaleza de la norma, es decir, que se trata de un Reglamento. Y ello por lo que supone su aplicación directa, salvando cualquier inconveniente derivado de la transposición a los ordenamientos nacionales que requieren las Directivas y que suelen traducirse en mermas en cuanto a la entrada en eficacia de la norma.

La segunda de estas características es que las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas no tendrán como destinatarios a las autoridades judiciales de otros países, sino que irán dirigidas directamente a los proveedores de servicio establecidos o representados en otros Estado miembros. De este modo se elimina cualquier tipo de injerencia, administrativa o judicial, en la ejecución de este

tipo de medidas de investigación, al tiempo que se gana en agilidad y rapidez para la obtención.

Consideramos ambos rasgos un acertado precedente para su aplicación en futuras normas de obtención de medios de prueba que complementen a la DEIO y que regulen aquellas medidas de investigación que no cuenten con disposiciones específicas en el articulado de dicha Directiva.

Al margen de las pruebas electrónicas, la segunda de estas tipologías de actos de investigación que carecen de regulación específica en la DEIO, es el empleo de muestras biológicas para la obtención de ADN en una investigación penal. Se trata de una medida de investigación ampliamente empleada en la actualidad por la alta carga probatoria que suele atribuirse al resultado de su análisis y de los posibles *matches* que puedan darse.

Aunque ya se mencionó en el Capítulo I de este trabajo, conviene recordar que la compartición de perfiles de ADN fue uno de los principales objetos de regulación del Tratado de Prüm, relativo a la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal. En este Tratado, la posibilidad de cotejar perfiles de ADN con otros Estados miembros compartía espacio normativo con la consulta de datos dactiloscópicos, de los registros de matriculación de vehículos y de otros datos relacionados con la cooperación policial transfronteriza. Dicho Tratado fue incorporado al acervo comunitario a través de la Decisión 2008/615/JAI del Consejo de 23 de junio de 2008 sobre profundización de cooperación transfronteriza, en materia de lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza, denominada Decisión Prüm.

No obstante el Tratado, y su posterior incorporación a la normativa europea, se limitan a la compartición del contenido de las bases de datos nacionales en las que figuran los índices de referencia de los perfiles de ADN de interés criminal. Es decir,

permite que en una investigación, cuando un cuerpo policial obtiene una muestra de ADN, pueda cotejarla con las bases de datos específicas de otros Estados miembros.

Junto con la Decisión Prüm, se aprobó la Decisión 2008/616/JAI del Consejo sobre la ejecución de la Decisión 2008/615, en particular por lo que respecta al intercambio automatizado de datos de ADN, datos dactiloscópicos y datos de matriculación de vehículos.

Enfocadas a la cuestión que nos ocupa, ambas Decisiones resuelven cuestiones que facilitan la consulta y el cotejo automatizado de los perfiles de ADN, como el establecimiento de la parte no codificante del ADN como la única que puede ser objeto de análisis.

No obstante, ninguna de estas Decisiones resuelven una parte fundamental de la realización de este tipo de medidas de investigación, como es un protocolo adecuado para la obtención de la muestra biológica en cuestión, ya sea para obtener la muestra biológica de la que se extraerá el ADN a cotejar o para la realización de dicho cotejo en condiciones plenamente armonizadas a nivel europeo. Además, la obtención de estas muestras y su registro en bases de datos quedan fuera de la regulación de ambas normas, aun cuando son susceptibles de afectar a derechos fundamentales como la intimidad o la protección de datos de carácter personal³⁷⁹.

En relación directa con el respeto a estos derechos, los legisladores europeos aprobaron la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal. Esta norma, a su vez, fue derogada por la Directiva 2016/680 del parlamento europeo y del consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención,

³⁷⁹ Cabezudo Bajo, M.J., *Propuestas para una regulación armonizada de la obtención de la prueba de ADN como prueba científica-tecnológica de probabilidad en el proceso penal*, ed. Aranzadi, 2017, p.82.

investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos.

No obstante, dicha Directiva deja cuestiones como los criterios de inclusión o la cancelación de los datos, así como el modo de ejercer el derecho de acceso a la información, en manos de los diferentes legisladores nacionales, con lo que no se asegura un tratamiento uniforme que pueda garantizar la protección de los derechos fundamentales en unos términos similares en todo el territorio de la EU³⁸⁰.

Más allá de estas cuestiones, relativas a la protección de los derechos fundamentales de los afectados, existen otros muchos aspectos de la obtención de la prueba de ADN, de índole científico-tecnológico y probabilístico así como de carácter jurídico, para las que no se ha conseguido la necesaria armonización, ya sea porque no han sido objeto de regulación o porque se han regulado a través de normativa europea no vinculante. Esta carencia de armonización puede incidir de manera directa en la eficacia procesal de la prueba de ADN transfronteriza en el ámbito de la EU, cuando los estándares aplicados en cotejo por parte del Estado ejecutante, colisionen con los que establezca el país de emisión de la EIO.

Ante las dudas que genera la obtención de una prueba de ADN en el ASFJ, cabe plantearse si la DEIO debería contemplar medidas específicas para la obtención de las muestras biológicas o determinar los criterios científicos-tecnológicos y de probabilidad que afectan al cotejo de este tipo de muestras. Esta posibilidad se refuerza si se tiene en cuenta que la DEIO sí presenta disposiciones concretas para otro tipo de actos de investigación que son considerablemente menos intrusivos, como la comparecencia por videoconferencia de testigos o peritos.

En primer lugar cabría preguntarse si la negativa del investigado para recabar la muestra biológica de la que extraer el ADN podría suponer una causa de no ejecución, como sí ocurre en otras medidas de investigación. En este sentido, consideramos que en caso de contemplar la negativa del investigado como causa específica de

³⁸⁰ Cabezudo Bajo, M.J., *Propuestas para una...*, *op. cit.*, pp. 83-85.

denegación causaría un perjuicio insalvable a la efectividad de la DEIO en cuanto a la posibilidad de obtener una prueba transfronteriza de ADN.

Entendemos, además, que el nivel de intrusión en los derechos fundamentales del afectado, principalmente a la intimidad, que supone la toma de la muestra biológica no sería suficiente para justificar el hecho de habilitar al investigado a frustrar la ejecución del acto concreto de investigación.

Además, introducir la posibilidad de que la negación del investigado evite la posibilidad de llevar a cabo la prueba de ADN transfronteriza, supondría un cambio negativo en la redacción actual de la DEIO. Y ello porque, como mencionábamos al comienzo de este apartado, el texto actual no impide la práctica de este tipo de medidas de investigación, sino que las regula con las disposiciones generales aplicables a cualquier medida de investigación y, por tanto, las somete a unos motivos de denegación entre los que no se encuentra la que el investigado no preste su voluntariedad.

Por otro lado, surge la duda acerca de qué normativa habría de aplicarse en el momento de la obtención de las muestras, la del Estado de ejecución o la del solicitante. Esto afecta a aspectos fundamentales para la ejecución de este tipo de actos de investigación, como son la tipología delictiva en la que puede aplicarse este tipo de medidas o el modo en que ha de llevarse a cabo la intervención corporal en caso de ser necesario.

Como ocurre para el resto de medidas de investigación contempladas por la DEIO, la norma general que se contempla consiste en la aplicación de la *lex loci*, con la posibilidad de que el Estado requirente solicite la aplicación de sus propias normas procesales siempre y cuando éstas no sean contrarias a los principios jurídicos fundamentales del Estado de ejecución.

En cualquier caso, la disyuntiva en cuanto a qué normas aplicar sería mucho más sencillo de dilucidar si existiesen unos estándares europeos en cuanto al protocolo de

obtención de las muestras a aplicar o, al menos, unas líneas básicas que orienten el modo de proceder.

Por otro lado, relativo al cotejo de los perfiles de ADN obtenidos de las muestras biológicas en el ámbito europeo, no existe el nivel deseable de armonización en cuanto a las cuestiones científico-tecnológicas y de probabilidad que deben darse para allanar de manera definitiva la eficacia procesal de un posible *match*³⁸¹.

Todas estas carencias, ante una prueba con semejante poder para desvirtuar la presunción de inocencia, nos lleva a pensar que la DEIO debía haber dedicado, al menos, parte del mencionado capítulo IV de su articulado a la obtención de muestras biológicas.

Otra opción, alternativa y más completa, asumiendo que a la finalidad y naturaleza de la DEIO no corresponde descender a detalles de índole técnico que afecten a los pormenores del cotejo de los perfiles de ADN, sería la elaboración de una norma europea que complementase a la DEIO para la obtención de la prueba transfronteriza de ADN en la EU. Esta norma, que por la naturaleza de lo regulado debería tomar la forma de Directiva, supondría un paso importante hacia la armonización de la obtención y empleo de este tipo de pruebas.

Como base para afrontar la elaboración de esta norma complementaria, ante la complejidad del tema, consideramos acertada la aportación de algunos autores sobre la conveniencia de crear una Comisión europea que consiga alcanzar el necesario consenso, en un primer plano desde el punto de vista científico-tecnológico-probabilístico, para después engarzar con al ámbito jurídico en lo relativo al respeto de derechos fundamentales de los investigados³⁸².

³⁸¹ Cabezudo Bajo, M. J., “Avance hacia un...”, *op. cit.*

³⁸² Cabezudo Bajo, M.J., “Planteamiento para un uso eficaz de la prueba de ADN a nivel nacional y transfronterizo”, en González Cano, M.I. (Coord.), *Orden Europea de Investigación y Prueba Transfronteriza en la Unión Europea*, ed. Tirant, 2019, p. 264.

Consideramos, por tanto, que nos encontramos ante una buena oportunidad para sentar unas bases en cuanto a un protocolo común de obtención de la muestra biológica y que, al menos, la DEIO debería reflejar una referencia a la necesidad de aplicar, en el análisis y cotejo del ADN extraído, aquellas cuestiones sobre las que ya existen ciertos criterios de armonización, aunque no todas tengan carácter vinculante.

Una vez expuestas las carencias que, a nuestro juicio, presenta la DEIO en cuanto a la regulación de la prueba de ADN transfronteriza, analizaremos otras medidas de investigación ampliamente empleadas en la actualidad por las fuerzas policiales, como son la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos; la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento y localización; así como los dispositivos de captación de la imágenes.

En la parte dispositiva de la DEIO no se hace mención alguna a la instalación de este tipo de dispositivos, a pesar de que constituyen una medida empleada frecuentemente y no exenta de diferencias en cuanto a su regulación en los diferentes países de la Unión³⁸³.

A modo de ejemplo, cabe preguntarse qué legislación se aplicaría si un juzgado español solicitase a otro alemán la instalación de un micrófono en territorio germano. En caso de establecerse un listado de delitos para los que esta medida estuviese habilitada, se plantearía la duda en cuanto a si se aplicaría el listado del Estado solicitante o del receptor.

O, al hilo de la situación planteada, si el micrófono se instala en Alemania, pero su funcionamiento técnico se comanda desde España, como investigadores, estaríamos ante la tesitura de apagar o no el dispositivo cuando el objetivo de la instalación no

³⁸³ Para ser consciente de estas diferencias, basta con recordar que la instalación de balizas carecía de regulación en España hasta la última reforma del Código Penal en 2015, llevada a cabo por la LO 13/2015, de 5 de octubre, para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

fuese quien estuviese al alcance del dispositivo, tal y como establece la LECrim en España³⁸⁴.

A través de la práctica, existe una opinión extendida según la cual el tratamiento que debiera darse a la instalación de estos medios de captación de audio habría de asimilarse al caso de las intervenciones telefónicas, en el sentido de la notificación al Estado de tránsito en cuyo territorio se encuentra el objetivo y donde se están captando sus conversaciones³⁸⁵.

Esta situación se daría cuando el investigado estuviese en un tercer Estado miembro, no participante en la EIO que desconoce la existencia de la investigación y, por ende, de la instalación de tales medios técnicos. En nuestra opinión, la homologación es del todo acertada puesto que, a pesar de afectar a derechos fundamentales diferentes, ambos actos de investigación suponen una importante intromisión en la esfera personal del encausado que requiere de las adecuadas garantías en cuanto a su protección. Todo ello sin olvidar la intromisión en la soberanía nacional de ese hipotético tercer Estado miembro implicado que, de otro modo, ignoraría la instalación de micrófonos dentro de su territorio.

Por otro lado, y en relación a los dispositivos de seguimiento, otra de las cuestiones a plantear consiste en qué legislación ha de aplicarse a la gestión del dispositivo instalado en un vehículo al que se ha colocado la baliza en territorio de un Estado miembro, pero cuya presencia en otro país de la EU resulta indiciario de la comisión de un delito en ese territorio.

³⁸⁴ Artículo 588 quater a. Grabación de las comunicaciones orales directas

1. Podrá autorizarse la colocación y utilización de dispositivos electrónicos que permitan la captación y grabación de las comunicaciones orales directas que se mantengan por el investigado, en la vía pública o en otro espacio abierto, en su domicilio o en cualesquiera otros lugares cerrados.

³⁸⁵ Secretaría del Consejo de la UE. *Nota conjunta de EUROJUST y de la Red Judicial Europea sobre la aplicación práctica de la Orden Europea de Investigación*, 2019, p. 21, puede consultarse en:

[http://eurojust.europa.eu/doclibrary/EUROJUST-framework/Casework/Joint%20note%20of%20EUROJUST%20and%20the%20EJN%20on%20the%20practical%20application%20of%20the%20European%20Investigation%20Order%20\(June%202019\)/2019-06-Joint_Note_EJ-EJN_practical_application_EIO_ES.pdf](http://eurojust.europa.eu/doclibrary/EUROJUST-framework/Casework/Joint%20note%20of%20EUROJUST%20and%20the%20EJN%20on%20the%20practical%20application%20of%20the%20European%20Investigation%20Order%20(June%202019)/2019-06-Joint_Note_EJ-EJN_practical_application_EIO_ES.pdf)

Si buscamos un encaje adecuado para este tipo de medidas tecnológicas de investigación en la DEIO tendremos que conformarnos con entenderlas recogidas, en una interpretación de carácter análogo, en el artículo 28 de la misma dedicado a la obtención de pruebas en tiempo real³⁸⁶, de manera continua y durante un determinado periodo de tiempo.

Como ya se analizó en apartados anteriores, el mencionado artículo 28.1 expone dos ejemplos de medida de investigación en tiempo real³⁸⁷, pero que a nuestro juicio no deben entenderse como *numerus clausus*. No obstante, esta homologación no resuelve las dudas planteadas y que, con seguridad, plantearán controversias en un futuro inmediato.

Al hilo del empleo de medios tecnológicos en una investigación, llama la atención la pormenorizada regulación, en este caso sí, que la DEIO hace del empleo de las intervenciones de las telecomunicaciones, a las que dedica en exclusiva el capítulo V de su articulado.

En dicho capítulo, la Directiva desciende a detalles con un importante nivel de concreción, como la notificación a un hipotético Estado de tránsito (que no es ni el emisor de la EIO ni el receptor) en el que se encuentre la persona objeto de la intervención telefónica, de que en su territorio se encuentra un individuo sujeto a esta medida de investigación. Notificación que, como anteriormente argumentamos, tendría que extenderse a los casos en los que alguno de los dispositivos técnicos

³⁸⁶ Secretaría del Consejo de la UE. *Nota conjunta de...*, *op.cit.*, p. 21.

³⁸⁷ 1. Cuando se emita una EIO a efectos de la ejecución de una medida de investigación que requiera la obtención de pruebas en tiempo real, de manera continua y durante un determinado período de tiempo, por ejemplo:

- a) el seguimiento de operaciones bancarias u otras operaciones financieras efectuadas a través de una o más cuentas especificadas;
- b) una entrega vigilada en el territorio del Estado de ejecución;

se podrá denegar su ejecución, además de por los motivos de denegación del reconocimiento y de la ejecución establecidos en el artículo 11, si la ejecución de la medida de investigación en cuestión no estuviera autorizada en casos internos similares.

instalados y vinculados a un investigado concreto traspase las fronteras propias para acabar en otro Estado miembro³⁸⁸.

Parece obvio que el legislador europeo ha construido una regulación mucho más detallada para la intervención de las comunicaciones que para otras medidas tecnológicas basándose, en parte, en la jurisprudencia generada por el ECHR tras años de empleo de este tipo de medida de investigación. Estimamos que a través de la DEIO podrían haberse establecido las bases del empleo de un abanico más amplio de medios tecnológicos en investigaciones transnacionales.

En este sentido, en el momento de la elaboración de la DEIO, tendrían que haberse aplicado las lecciones aprendidas a través de la jurisprudencia de la intervención de telecomunicaciones al empleo de otros medios técnicos. De este modo podrían emplearse con una mayor seguridad jurídica, tanto para el investigador como para los afectados.

Abundando en esta idea, es el propio ECHR el que establece, a través de reiterada jurisprudencia³⁸⁹, que las medidas de investigación que puedan incidir en el ámbito de la intimidad del investigado, deben estar previstas por la ley. Aunque el Alto Tribunal hace esta previsión enfocada a los ordenamientos nacionales, no parece coherente que los legisladores este tipo de medidas de investigación en aquellos casos que afecten a más de un Estado miembro.

8. El papel de EUROJUST y de la Red Judicial Europea en la EIO

El objetivo de este apartado es analizar el papel que tienen EUROJUST y la EJN en el funcionamiento de la EIO, con la finalidad de detectar los posibles problemas que pueda presentar su intervención para analizarlos y contribuir a incrementar la fluidez de la ejecución del instrumento de cooperación.

³⁸⁸ Sería el caso, muy frecuente en la práctica, de un vehículo usado por un investigado que acaba en otro país y cuya actividad sigue resultando interesante a los efectos de la investigación.

³⁸⁹ Entre otras, sentencia del ECHR de 24 de abril de 1990, n° 1801/85, casos *Huvig y Kruslin*.

La EIO es una herramienta de cooperación eminentemente bilateral, lo que se traduce en que el papel de EUROJUST, organización más orientada a la coordinación entre múltiples partes, tenga un menor papel protagonista a favor de la EJM. No obstante, como se verá, ambas organizaciones juegan un importante rol facilitador en el proceso que va desde la emisión a la ejecución de una EIO.

Si analizamos por fases el papel conjunto que tanto EUROJUST como la EJM juegan en el discurrir de una EIO, en la fase previa a la emisión, ambas organizaciones pueden contribuir a la correcta redacción del anexo A de la EIO con la aclaración de cuestiones jurídicas, determinar la autoridad receptora o de ejecución competente, asesorar respecto a la utilización de la EIO en relación con otros instrumentos de cooperación o poner a punto una posible estrategia de cooperación que incluya la planificación de plazos³⁹⁰.

Una vez emitida la EIO, la autoridad de emisión o la autoridad de ejecución pueden solicitar la asistencia de EUROJUST y de la EJM respecto a cuestiones como comprobar que la EIO se ha recibido debidamente, si está lista para su ejecución y si se requiere información o documentación adicional.

En caso de requerirse esa información o documentación adicional, ambas entidades pueden servir de puente entre el Estado emisor y el receptor. En este sentido, la DEIO establece varios supuestos de consulta:

- Comprobar la pertinencia de una EIO (control de proporcionalidad)³⁹¹.
- Esclarecer obstrucciones o comprobar la autenticidad de documentos³⁹².
- Facilitar el reconocimiento y la ejecución de una EIO³⁹³.
- Mantener consultas sobre la posibilidad de recurrir a otro tipo de medida de investigación y sobre la opción de retirar la EIO³⁹⁴.

³⁹⁰ Secretaría del Consejo de la UE. *Nota conjunta de...*, *op. cit.*, p 25.

³⁹¹ Artículo 6.3 de la DEIO.

³⁹² Artículo 7.7 de la DEIO.

³⁹³ Artículo 9.6 de la DEIO.

³⁹⁴ Artículo 10.4 de la DEIO.

- Mantener consultas sobre la comunicación de cualquier información necesaria cuando existan motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución de la EIO, antes de tomar una decisión³⁹⁵.
- Determinar los plazos adecuados para practicar una medida de investigación concreta cuando no se pueda respetar el límite temporal fijado³⁹⁶.
- Mantener consultas sobre el traslado temporal de pruebas³⁹⁷.
- Informarse mutuamente sobre las vías de recurso³⁹⁸.
- Determinar la posibilidad y el modo de repartir los gastos extraordinarios³⁹⁹.
- Aclarar cuestiones relacionadas con la cumplimentación del formulario que figura en el anexo C (notificación de intervenciones que no requieren asistencia técnica)⁴⁰⁰.

Cabe destacar que ambas organizaciones, de manera conjunta, llevan a cabo una importante labor de divulgación a través de la emisión de informes periódicos en los que se recogen experiencia de quienes están aplicando la EIO como herramienta de trabajo y a través de los cuales se difunden consejos de aplicación y buenas prácticas recomendadas.

Además de las labores de asesoramiento y de divulgación del conocimiento, tanto EUROJUST como la EJN prestan un importante apoyo logístico a través de sus redes seguras de comunicación. Por una parte, se hace uso de la red de EUROJUST aunque no todos los Estados miembros están conectados y la arquitectura de red únicamente permite la comunicación de las autoridades nacionales con EUROJUST, en ningún caso el contacto directo entre las diferentes autoridades nacionales.

Por otra parte se emplea la red segura de la EJN, tal y como disponen los artículos 7.4 de la DEIO, aunque en este caso la red tampoco permite el contacto directo entre las diferentes autoridades nacionales competentes.

³⁹⁵ Artículo 11.4 de la DEIO.

³⁹⁶ Artículo 12.6 de la DEIO.

³⁹⁷ Artículo 13.4 de la DEIO.

³⁹⁸ Artículo 14.5 de la DEIO.

³⁹⁹ Artículo 21.2 de la DEIO.

⁴⁰⁰ Artículo 31 de la DEIO.

Entrando en el rol concreto de cada una de estas instituciones, EUROJUST tiene una intervención menor a la de la EJM, como se adelantaba al inicio del apartado. No obstante, su papel ha demostrado ser especialmente interesante en casos multilaterales que presentan una especial complejidad, cuando las medidas de investigación deben practicarse en un día concreto, de manera conjunta, coordinada o simultánea en distintos Estados, habida cuenta de los mecanismos que ofrece EUROJUST para la coordinación⁴⁰¹.

Por último, resulta de especial interés exponer el papel activo que juega la EJM en el trámite y ejecución de una EIO. Los más de 350 puntos de contacto de la EJM que están distribuidos en los 28 Estados miembros actúan como intermediarios activos y ayudan a las autoridades de emisión y las de ejecución a establecer contactos directos⁴⁰². Además, su intervención ha demostrado ser especialmente trascendental en casos de ejecución urgente en los que, entre otras circunstancias, la autoridad de emisión no estaba en disposición de firmar⁴⁰³.

Además, el sitio web de la EJM provee a los usuarios de una amplia biblioteca de documentos de interés y de inmediata aplicación práctica, algunos de ellos ya han sido tratados en este trabajo:

- El Asistente Compendio, que permite redactar una EIO en línea y traducir de manera inmediata las partes estáticas a una lengua oficial de la UE.
- El Atlas Judicial, que sirve para determinar la autoridad local competente para recibir la EIO.

⁴⁰¹ EUROJUST, *EUROJUST meeting on the European investigation order. Outcome Report*, 2018, puede consultarse en: http://www.ejtn.eu/Documents/About%20EJTN/Criminal%20Justice%202019/CJSWG%20Lisbon/2018-12_Outcome-Report_EUROJUST-meeting-on-EIO-Sept2018_EN.pdf

⁴⁰² Secretaría del Consejo de la UE, *Joint paper: Assistance in International Cooperation in Criminal Matters for Practitioners*, 2018, puede consultarse en: https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejnupload/StaticPages/EJN-EJ-paper-on-judicial-cooperation-in-criminal-matters_2018-01_EN.pdf

⁴⁰³ Secretaría del Consejo de la UE, *Nota conjunta de...*, *op. cit.*, p. 26.

- Las fichas belgas, que proporcionan información jurídica práctica y concisa sobre la aplicación de una serie de medidas de investigación en los diferentes Estados miembros.
- La Biblioteca Judicial, que contiene gran cantidad de documentos útiles, como numerosos manuales de la aplicación nacional de la DEIO, elaborados por diferentes Estados miembros.

Una vez expuesta la intervención de EUROJUST y la EJM en la emisión, trámite, reconocimiento y ejecución de una EIO, conviene ponerla en relación con el objeto de este apartado. A través de los informes consultados, en los que se vierte la opinión de expertos y usuarios de la EIO, queda claro que la intervención de ambas instituciones resulta del todo positiva en el funcionamiento de la DEIO, con un especial protagonismo de la EJM.

No obstante, consideramos que su vinculación puede y debe ser aún más estrecha. En esta línea van las conclusiones que se emiten en los informes periódicos sobre las reuniones temáticas que celebran tanto EUROJUST como la EJM acerca de la EIO, en las que se recalca la necesidad de realizar frecuentes consultas a estos órganos⁴⁰⁴.

En este sentido, consideramos que la intervención de la EJM debería ser preceptiva en la tramitación de una EIO y para ello debería utilizarse una red segura de transmisión de las Órdenes que siempre pasara por un nódulo de los componentes de la EJM.

A priori, podría pensarse que interponer a un miembro de la EJM en el contacto directo que deben tener las autoridades competentes podría traicionar la filosofía del MR, en los que sólo se concibe la intervención de la autoridad judicial que solicita y de la que ejecuta. No obstante, consideramos que la intervención de la estructura de la EJM constituye un mero catalizador que acelera y facilita que el auxilio se lleve a cabo,

⁴⁰⁴ Entre otros muchos informes, Secretaría del Consejo de la UE. *Extracts from Conclusions of Plenary meetings of the EJM concerning the practical application of the EIO*, 2017, p.5, puede consultarse en: https://www.ejm-crimjust.europa.eu/ejm/EJM_RegistryDoc/EN/2374/84/0

pero que no añade ni detrae ningún elemento decisorio al proceso de tramitación de la EIO.

Abundando en esta posibilidad, a nuestro juicio, son mucho más los beneficios de la intervención de la EJM, actualmente sólo opcional, que la omisión de su actividad. Otro posible argumento en contra de la intervención preceptiva de la EJM podría ser la demora en el reconocimiento y ejecución de la EIO, al tener que pasar por un trámite adicional como es el examen de algún miembro de la EJM.

No obstante, a través de la experiencia acumulada, ha quedado demostrado que la participación de la EJM no sólo no supone un retraso en el trámite, sino que su función es especialmente apreciada en tramitaciones urgentes de las recogidas en el artículo 12.2 de la DEIO⁴⁰⁵.

Consideramos, por tanto, que la intervención de la EJM en la tramitación de una EIO debería ser preceptiva, de manera que facilitase a los Estados miembros su emisión, acelerase su trámite y contribuyese a unificar la respuesta a muchas de las dudas que se plantean en su ejecución, sobre las que se volverá en el apartado V de este trabajo. Actualmente, no existe un elemento unificador que aplique un criterio estable a muchas de estas cuestiones, que se resuelven según el criterio particular de los Estados implicados en la EIO en la que surjan.

No obstante, este planteamiento no supondría que todo el tránsito de documentación que pueda acarrear una EIO pase por la EJM, sino que se trataría únicamente de acreditar la correcta emisión, recepción y reconocimiento de la Orden, dejando el resto de cuestiones a cargo del contacto directo de las partes intervinientes.

Para esta intervención obligada de la EJM, además, podría desarrollarse una red segura que superase en prestaciones a las existentes o bien modificarse la que ya se emplea por parte de la EJM. Esta nueva red o la modificación de la existente, debería

⁴⁰⁵ Secretaría del Consejo de la EU, *Nota conjunta de...*, 2019, p. 18.

permitir una primera transmisión a través de la EJM, pero también otras posteriores de trámite directo entre los Estados participantes, con el fin de no saturar a los nodulos de la EJM.

Por último, en cuanto a las carencias relativas a la intervención de estas organizaciones que ponen de manifiesto los usuarios de la EIO, es nota común la demanda de una intensificación de la labor de formación a través de la emisión de guías formativas y de cursos orientados a esta herramienta, principalmente por parte de la EJM⁴⁰⁶.

Consideramos que esta formación debería estructurarse de manera reglada, con la impartición periódica de cursos en los que se facilitase material didáctico asentado en la legislación vigente y en la jurisprudencia que vaya consolidando el ECHR y el CJUE. Dichos cursos, que habrían de tener un enfoque claramente práctico, deberían dirigirse a las autoridades competentes para la emisión y ejecución de las EIO.

9. La ejecución de una EIO en España

Este apartado tiene por objeto analizar el proceso seguido para la recepción, reconocimiento y ejecución de una EIO cuando es España el Estado receptor de la misma. A través de este análisis, podremos deducir el estado de implantación que tiene esta medida desde el punto de vista español, para identificar problemas que hayan podido aparecer, extrapolarlos si es posible al ámbito europeo, y estar en disposición de aportar propuestas que contribuyan a mejorar el funcionamiento de la EIO.

Empezaremos este análisis de manera cronológica, es decir, desde el momento en que la EIO llega a España. En nuestro país, el Ministerio Fiscal es la autoridad competente para recibir las EIO que emiten autoridades judiciales de otros Estados.

⁴⁰⁶ Entre otros, Red Judicial Europea. *Conclusions 2018 on the European Investigation Order*, 2018, p. 9, puede consultarse en: http://www.ejtn.eu/Documents/About%20EJTN/Criminal%20Justice%202019/CR201902_Barcelona/EJN%20Conclusions%202018%20on%20the%20European%20Investigation%20Order-EN.pdf

Respecto a qué fiscalía concreta ha de entender de la recepción, estará en función de la tipología delictiva y de la medida que sea solicitada. A tenor de estos criterios, la fiscalía receptora puede ser desde la Fiscalía de la Audiencia Nacional, hasta fiscalías provinciales.

Una vez recibida la EIO, la fiscalía correspondiente dispone de un plazo máximo de una semana para remitir el acuse de recibo a la autoridad de emisión. En los supuestos en los que deba conocer un juez, que luego detallaremos, la fiscalía correspondiente esperará a que se determine el órgano jurisdiccional competente, previamente al envío del acuse de recibo. De este modo se podrá facilitar a la autoridad de emisión la información acerca del juzgado que finalmente va a encargarse de reconocer y ejecutar la EIO.

Cuando el juzgado en que recaiga la EIO opte por inhibirse, no sólo lo comunicará a la fiscalía receptora, sino también a la autoridad de emisión. Se busca, a lo largo de todo el procedimiento, garantizar la trazabilidad en todo momento de la EIO.

Una vez recibida la EIO, los siguientes pasos consisten en su reconocimiento y ejecución, siempre que no concurran causas de denegación. El Ministerio Fiscal será la autoridad competente para reconocer y ejecutar una EIO en los siguientes casos:

- Cuando la autoridad de emisión no haya solicitado expresamente que el reconocimiento y la ejecución la lleve a cabo una autoridad judicial, y que las medidas de investigación solicitadas no sean limitativas de derechos fundamentales.
- Cuando la medida de investigación sea limitativa de Derechos Fundamentales, pero pueda ser sustituida por otras menos intrusivas y que aporten los mismos resultados a efectos de la investigación.

Esta atribución a la fiscalía para llevar a cabo actos de investigación no está exenta de polémica, en relación al escaso número de medidas de investigación que no

suponen una limitación de derechos fundamentales o en la falta de recurso ante el decreto de un fiscal⁴⁰⁷.

Por exclusión, queda claro que las autoridades judiciales tendrán que conocer del reconocimiento y ejecución de la EIO cuando así lo solicite de manera expresa la autoridad de emisión, o cuando la medida de investigación que se pretenda realizar sea limitativa de los derechos fundamentales. En estos casos habría de determinarse cuáles serían los criterios de asignación del Juzgado que ha de conocer de la EIO. Los mismos aparecen reflejados en el artículo 187.3 de la LRM:

- Los Juzgados de Instrucción o de menores correspondientes a la demarcación donde deba llevarse a cabo la medida de investigación, como primer criterio. En caso de conocerse, estarían encargados aquellos cuyo territorio tuviese alguna conexión con el delito, el investigado, o la víctima.
- Los Juzgados Centrales de Instrucción, si no hay conexión territorial posible o si la EIO se ha emitido por delitos de los que entiende la Audiencia Nacional.
- Los Juzgados Centrales de lo Penal o Central de Menores, para el traslado al Estado de emisión de personas privadas de libertad en España.

Si por error o desconocimiento, una autoridad judicial española recibiese una EIO directamente de otra autoridad judicial extranjera, deberá remitirla a la fiscalía que corresponda, avisando de tal incidencia a la autoridad emisora.

Una vez reconocida la EIO, el mandamiento de su ejecución tomará la forma de un auto, si la autoridad competente es un juez, o de un decreto si lo es un fiscal. Dicho auto o decreto contendrá las instrucciones necesarias para llevar a cabo la medida de investigación solicitada. El resultado de la medida de investigación no pasará ya por el Ministerio Fiscal, sino que se enviará directamente a la autoridad de emisión.

El reconocimiento deberá llevarse a cabo en un máximo de 30 días desde que el Ministerio Fiscal recibiese la EIO. Este plazo se podrá prorrogar por razones justificadas

⁴⁰⁷ Fiodorova, A., “Emisión de la...”, *op. cit.*, p. 539.

hasta otros 30 días adicionales. En cuanto a la ejecución, habrá de materializarse en un plazo de 90 días desde la resolución de reconocimiento, a no ser que concurran razones de urgencia en cuyo caso este plazo se acortará en la medida de lo posible; o que existan razones que imposibiliten el cumplimiento del plazo, lo que obligará a comunicar esta circunstancia a la autoridad de emisión.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 24 de la LRM, los recursos sobre las cuestiones de fondo sólo podrán ser interpuestos frente a la autoridad de emisión, y las resoluciones del Ministerio Fiscal en ejecución de los instrumentos de MR no podrán ser objeto de recurso.

En cuanto al modo en que se ejecutan las medidas de investigación solicitadas por otros Estados en España, a continuación subrayaremos algunos aspectos que sirven para ilustrar cómo se ha plasmado la transposición de la DEIO en nuestro ordenamiento jurídico.

Entre otros aspectos, la presencia de agentes extranjeros, que está habilitada por el artículo 9.4 de la DEIO, se matiza en el caso español otorgando a dichos agentes la consideración de funcionarios españoles a efectos penales y estableciendo que sólo podrán ejercer acciones coercitivas en nuestro territorio si dicha competencia es conforme a nuestro ordenamiento y únicamente si las autoridades lo han acordado de manera previa.

Existen otras cuestiones prácticas de interés, al margen de lo estrictamente dispuesto por la DEIO. Para comenzar, no existe limitación alguna para el contacto directo entre la autoridad de emisión y la de ejecución una vez que se ha establecido la primera puesta en común. Así, puede entrarse en un diálogo fluido en el que, por ejemplo, se planteen otras medidas de investigación menos intrusivas que consigan el mismo resultado final.

Otra oportunidad que brinda esta cercanía consiste en apuntar posibilidades de acción que pueden haber escapado a la autoridad de emisión. A modo de ejemplo,

puede consultarse a la autoridad de emisión si en una entrada y registro quieren que se incauten los dispositivos técnicos de almacenamiento que pudieran encontrarse en el interior del inmueble⁴⁰⁸.

Otros matices prácticos de la aplicación de la EIO en España radican en el posible perjuicio, con la ejecución de la Orden, hacia otras medidas u actos de investigación que ya estén en marcha sobre un mismo investigado. Así, especialmente cuando se trate de una solicitud de entrada y registro, habrá de comprobarse la posible existencia de una EAW sobre el mismo individuo, consultando con el Juzgado Central de Instrucción correspondiente.

En este mismo sentido, cuando se prevea que la ejecución de un acto de investigación podría poner en peligro alguna fuente de información o revelar algún dato clasificado, debería recabarse informe previo del Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y el Crimen Organizado (CITCO)⁴⁰⁹, para poder coordinar con dicho Centro la existencia previa de una investigación que implique a los mismos afectados.

También resulta interesante la lectura que se hace, desde el punto de vista español, de la notificación al Estado miembro en el que se encuentre la persona que esté siendo objeto de una intervención telefónica, cuando la asistencia técnica de dicho Estado no haya sido necesaria, tal y como la contempla el artículo 31 de la DEIO.

Dicha notificación consiste, simplificando, en que si el sujeto al que se están interviniendo las comunicaciones reside en un Estado que no es el de emisión y cuya intervención técnica en el proceso de intervención no fue necesaria, el Estado emisor

⁴⁰⁸ Consejo General del Poder Judicial, *Guía de la Orden Europea de Investigación*, 2019, p 39, puede consultarse en:

<http://www.poderjudicial.es/stfls/Prontuario/Documentos/Penal/Guias%20cooperaci%C3%B3n%20Espa%C3%B1a-P/20190530%20Guia%20de%20OEInvestigacion.pdf>

⁴⁰⁹ Dependiente de la Secretaría de Estado de Seguridad, el CITCO es el órgano de recepción, integración y análisis de toda la información estratégica disponible referida al terrorismo, la criminalidad organizada y los radicalismos violentos, elaborando inteligencia estratégica y prospectiva, ofreciendo una valoración de estas amenazas permanentemente actualizada, proponiendo y coordinando estrategias nacionales para combatirlas, y estableciendo los criterios de actuación y coordinación operativa entre los distintos organismos en los casos de coincidencia o duplicidad entre investigaciones que se desarrollan contra estos fenómenos.

tiene obligación de comunicar tal circunstancia al país de residencia del afectado. De este modo, el Estado de residencia del afectado tiene la oportunidad de pronunciarse acerca de si esa medida de investigación es conforme a su Derecho interno.

La particularidad del enfoque español no se encuentra en la mencionada notificación preceptiva en el caso de la intervención telefónica, sino en su aplicación por analogía a la instalación de balizas en vehículos y a los dispositivos de escucha ambiental. Es decir, aunque la DEIO sólo prevé necesaria este tipo de notificación cuando se trata de teléfonos móviles, el Consejo General del Poder Judicial hace extensiva esta obligación a aquellos casos de instalación de micrófonos o balizas de seguimiento. Este planteamiento se alinea con la postura de los usuarios de la DEIO, tal y como exponíamos con anterioridad.

De este modo, en España la judicatura complementa por la vía de los hechos el vacío normativo que existe en la DEIO, respecto a la regulación de estas importantes medidas de investigación a las que se aludía en el punto 7 de este apartado. En este sentido, se argumenta que la afectación al derecho a la intimidad hace necesario llevar a cabo esa notificación cuando un vehículo balizado transita por un país que no es ni emisor ni receptor de la EIO, o cuando un medio de captación de audio está instalado en un dispositivo susceptible de desplazarse junto al sujeto afectado por la medida y acaba en un país ajeno a los intervinientes en la EIO⁴¹⁰.

En nuestra opinión, este acercamiento a la notificación del artículo 31, que la práctica española extiende a otras medidas como la instalación de balizas y micrófonos, resulta del todo acertado en respeto al artículo 7 de la ChFREU y al 8 del ECoHR. Llevados al caso práctico, no tendría sentido que dentro del territorio del mismo país conviviesen dos vehículos en los que se han colocado sendas balizas y que la instalación de cada una de ellas estuviera sometida a una jurisdicción diferente, ya sea la del Estado de emisión o de tránsito.

⁴¹⁰ Consejo General del Poder Judicial, *Guía de la...*, *op. cit.*, p. 35.

Una vez analizada la posición española respecto a la transposición de la DEIO, podemos concluir que, aunque todavía se dispone de escasa experiencia debido a la reciente entrada en vigor de la misma, la implantación discurre por buen camino. En cuanto a los objetivos del apartado, resulta especialmente interesante la respuesta del ordenamiento jurídico español a la falta de regulación de ciertas medidas de índole tecnológica como son la instalación de dispositivos de seguimiento y de escucha.

La extensión que se hace, por parte del Ministerio Fiscal español, de la necesidad de notificación a la autoridad del país de residencia de quien está siendo sometido a este tipo de actos de investigación, en una homologación por analogía de lo dispuesto en el artículo 31, nos parece del todo acertada. Consideramos, además, que dicha interpretación debiera extrapolarse al resto de Estados de la EU e, incluso, que debiera recogerse en una hipotética reforma de la DEIO.

IV. VALOR PROBATORIO DE LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN OBTENIDOS A TRAVÉS DE UNA EIO

El objeto de este apartado es identificar los problemas que pudieran surgir en cuanto a la eficacia procesal de los resultados obtenidos a través de la aplicación de una EIO, para analizarlos y obtener conclusiones que nos ayuden a contribuir a la mejora de la EIO como herramienta de obtención de prueba transfronteriza, a través de la formulación de propuestas legislativas o de otra índole.

Como primer aspecto llamativo respecto a la relación entre la EIO y la admisibilidad. Resulta paradójico que la base jurídica de la DEIO radique en el artículo 82.1 del TFUE – fomento de la cooperación judicial a través del reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales- pero no en el 82.2 que prevé la adopción de normas mínimas comunes sobre la admisibilidad recíproca de las pruebas entre Estados miembros⁴¹¹.

⁴¹¹ Arangüena Fanego, C. “Orden europea de...”, *op. cit.*, p. 304.

Este aspecto deja entrever que las cuestiones de admisibilidad no van a ser abordadas directamente en la DEIO, aunque comprobaremos que sí existen indicios que nos permitirán prever un mayor o menor éxito en la eficacia procesal de los medios de prueba obtenidos. En este sentido es opinión compartida en la doctrina que la DEIO debiera haber prestado más atención a la admisibilidad de la prueba en el Estado de emisión⁴¹².

Como se ha reflejado en puntos anteriores de este trabajo, la EU deja a los ordenamientos nacionales la valoración de la eficacia procesal de los medios de prueba obtenidos a través de las diversas herramientas de cooperación internacional existentes. No obstante, es posible pronosticar las probabilidades de éxito de un instrumento de cooperación a través de las previsiones introducidas a lo largo de su articulado.

Centrando el análisis en la DEIO, tanto su parte expositiva como la dispositiva contienen al menos tres referencias que no sólo están encaminadas a la protección de los derechos fundamentales, sino también a aumentar las garantías de eficacia de los medios de pruebas obtenidos.

La primera de estas referencias consiste en la posibilidad, repetida a lo largo del texto, de que se deniegue la ejecución de ciertas medidas de investigación, si no están previstas para un caso similar de ámbito doméstico en dicho país. Más allá de la protección de los derechos fundamentales de los afectados, que podrían verse sometidos a un régimen jurídico foráneo más intrusivo que el vigente en ese país, la previsión de no aplicar medidas que no estén disponibles para un caso nacional similar afecta a la fundamentación de la concesión de la autorización para llevar a cabo la medida por el juez o fiscal que entiendan de la misma.

En este sentido, si dicha autoridad judicial aprobase la ejecución de una determinada medida de investigación que no estuviese disponible para un caso

⁴¹² Entre otros, Domínguez Ruiz, L., *La Orden Europea...*, *op. cit.*, p. 150.

doméstico similar, es más que probable que dicho acto fuese rechazado por el órgano encargado de juzgar los hechos basándose en una falta de fundamentación en la concesión de la medida. Ni que decir tiene que de ese rechazo se derivaría la falta de eficacia procesal de toda la información obtenida a través de ese acto concreto de investigación.

El segundo de los aspectos que invitan a pensar que la obtención de los medios probatorios tiene altas probabilidades de ser eficaz, es la posibilidad presente en varios artículos⁴¹³ de que las autoridades de emisión puedan solicitar que se observen ciertas formalidades y procedimientos mientras se llevan a cabo ciertas medidas de investigación, aunque éstas se ejecuten en territorio de otro Estado de la EU.

La observancia de estos requisitos tiene una doble finalidad. Por un lado, que se obtenga la máxima cantidad de información bajo la dirección de los investigadores del caso, que son los emisores de la EIO. Y ello porque resulta evidente que serán éstos los que conozcan en profundidad la investigación y puedan orientar del mejor modo la práctica de las medidas indagatorias.

Pero, por otro lado, que los emisores de la EIO puedan indicar formalidades y procedimientos en la ejecución de un medio de prueba facilitará en gran medida que la compartición de estos medios de prueba se muestre procesalmente eficaz, dado que su ejecución será casi idéntica a la que se hubiera producido en un caso interno similar.

En este sentido, la responsabilidad de asegurarse de que lo que se hará en el país vecino tendrá efecto en su territorio al retornar los resultados recae, en buena parte, en el Estado emisor. Cuestión que tiene gran importancia a efectos de la eficacia procesal a posteriori, pues el emisor ha tenido la oportunidad de elevar el nivel de exigibilidad, de acuerdo con la tradición del país solicitante del acto⁴¹⁴.

⁴¹³ Entre otros, en el artículo 9.2 de la DEIO.

⁴¹⁴ Martínez García, E., *La Orden Europea...*, p. 55.

Por último, en tercer lugar, destaca la posibilidad de que el Estado de emisión pueda solicitar la presencia de alguna autoridad propia en la realización del acto de investigación y, he aquí la principal novedad, que el Estado de ejecución tenga la obligación de acceder a lo solicitado siempre esta circunstancia no sea contraria a sus principios jurídicos fundamentales, ni se ponga en riesgo sus intereses de seguridad nacional.

La presencia de autoridades del Estado de emisión en la obtención de la pieza de convicción debe suponer un gran avance en la homologación de los resultados para el proceso penal en curso el país de origen de la EIO. Así, aporta fiabilidad de que se cumple el procedimiento estipulado y se respetan las garantías procesales del investigado. Es de esperar, por tanto, que aunque el texto de la Directiva lo contempla como una posibilidad, en la práctica acabe convirtiéndose en la norma y no en la excepción.

Una vez expuestos los argumentos que pueden encontrarse en la DEIO para considerarla una herramienta procesalmente eficaz de compartición de pruebas, cabe plantearse en qué aspectos pueden presentarse los puntos débiles que pongan en tela de juicio dicha eficacia.

En este sentido, consideramos que las posibles vulnerabilidades en la validez de los elementos probatorios que pueden obtenerse a través de una EIO radican en la falta de regulación de ciertas medidas de investigación que se dan con mucha frecuencia en el transcurso de las investigaciones y a las que se aludía en el apartado VII.3 de este trabajo.

Se trata, principalmente, de la obtención de la prueba de ADN transfronteriza, así como de otras de índole tecnológico como son la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento y localización, así como los dispositivos de captación de las imágenes.

La falta de una regulación básica para llevar a cabo este tipo de actos de investigación plantea una serie de dudas que están siendo resueltas de manera dispar entre los diferentes Estados miembros y que pueden perjudicar la validez probatoria de los resultados obtenidos de su aplicación.

Sin esta regulación básica, es previsible que el desigual modo de practicar este tipo de actos de investigación lleve a divergencias en el modo de proteger los derechos promulgados por la ECoHR y por la ChFREU. A su vez, estas divergencias terminarán en conflictos que habrán de ser resueltos a través de la jurisprudencia y que, con toda probabilidad, minarán la eficacia procesal de los frutos de la investigación.

V. VALORACIÓN DE LA EFICACIA JUDICIAL Y POLICIAL DE LAS EIO

Con este apartado se pretende identificar los problemas surgidos de la implantación de la EIO, tanto a nivel judicial como desde el punto de vista de la operativa policial, para analizarlos y obtener conclusiones que nos lleven a realizar propuestas de modificación de su funcionamiento que redunden en la mejora de la EIO como herramienta de compartición de pruebas en la EU.

El grado de uso de una herramienta de cooperación constituye un inmejorable indicador de la utilidad de la misma. Además, a través de las opiniones de quienes la usan de manera cotidiana, podemos detectar los puntos fuertes y débiles de su aplicación.

Entender los pormenores de la implantación de la EIO nos ayudará, por tanto, a estar en disposición de obtener las conclusiones que nos lleven a proponer las reformas legislativas que constituyen el objetivo final de este trabajo.

En el análisis de la implantación judicial, comenzaremos por un enfoque que comprende al conjunto de la EU y que coincide con el campo de estudio de este trabajo. Posteriormente pasaremos a analizar la eficacia judicial de la EIO en España y,

por último, nos detendremos en su aplicación por parte de las fuerzas policiales de nuestro país.

1. Valoración de la eficacia judicial en la EU

Comenzando por la valoración de la eficacia de la EIO en la EU, centraremos nuestro análisis en las conclusiones que se vierten en varios informes emitidos por EUROJUST, por la EJM o por ambas instituciones de manera conjunta. Estos informes son de especial interés porque recogen la opinión de profesionales jurídicos de todos los Estados miembros, así como representantes de las diferentes instituciones europeas, que ya están utilizando activamente la EIO y que han tenido la oportunidad de identificar los problemas que surgen de su aplicación práctica.

Estos problemas, como veremos a continuación, son susceptibles de impedir que la EIO llegue a ejecutarse, o bien de perjudicar la eficacia procesal de los medios de prueba obtenidos a través de los actos de investigación que se lleven a cabo.

Por tanto, las conclusiones reflejadas en estos informes dan una idea bastante aproximada de cómo valoran los diferentes Estados la utilidad de la EIO como instrumento de obtención de pruebas transfronterizas, así como de la posible eficacia procesal de los resultados de su aplicación.

A tenor de lo expuesto en dichas conclusiones, la gran mayoría de los participantes hacen una valoración muy positiva de la EIO como instrumento de cooperación⁴¹⁵. Consideran que supone un importante paso adelante en la compartición de pruebas transfronterizas, gracias a las características propias de las herramientas basadas en el MR: formularios simples para rellenar, contacto judicial directo, motivos de denegación delimitados, límites temporales,...

No obstante, es opinión generalizada que para el buen funcionamiento de la EIO es necesaria cierta flexibilidad y, sobre todo, interpretar las diferentes legislaciones

⁴¹⁵ EUROJUST, *EUROJUST meeting on...*, *op. cit.*, p. 10.

nacionales existentes en el AFSJ conforme a la normativa comunitaria. A modo de ejemplo, cuando en la DEIO se hace alusión a un “caso doméstico similar” no se trata de llevar a cabo una comprobación, al pie de la letra, del caso para el que se solicita la EIO, con otro exactamente igual en el Estado receptor. Los profesionales implicados han puesto de manifiesto la necesidad aplicar criterios flexibles y de buena voluntad para llevar a cabo esta asimilación.

En concreto, aluden a la importancia de no ceñirse de manera estricta a los requerimientos mínimos que establece la DEIO para redactar una Orden. En cambio se anima a los estamentos implicados a que profundicen en aquellas previsiones que, respetando la legalidad, faciliten el éxito de las medidas de investigación solicitadas⁴¹⁶.

Concretando los problemas identificados por los usuarios, el primero reside en llegar a un entendimiento común acerca de qué disposiciones, contempladas en otros instrumentos de MA, son sustituidas por la DEIO y cuáles no.

El artículo 34.1 de la DEIO establece que, a partir del 22 de mayo de 2017, lo dispuesto en su articulado sustituye las “disposiciones correspondientes” del ECMACM 1959, del SA y del ECMACM 2000. Sin embargo, no especifica a qué disposiciones concretas se refiere, dejando a la interpretación de los que aplican la DEIO la elección de ésta u otras de las herramientas anteriores de cooperación. Algo similar ocurre con el artículo 34.2, cuando establece que la FD 2003/577/JAI queda derogada en lo referente al aseguramiento de pruebas.

La interpretación del alcance de las sustituciones expuestas ha sido motivo de problemas para aquellas autoridades competentes que se ven implicadas en una EIO y en cuyos países, las transposiciones a los ordenamientos nacionales de la DEIO hayan aplicado una extensión diferente del término “disposiciones correspondientes”⁴¹⁷.

Así, en algunos Estados la legislación nacional de transposición incluye una lista de medidas de investigación que consideran fuera del ámbito de aplicación de la DEIO,

⁴¹⁶ EUROJUST, *EUROJUST meeting on...*, *op. cit.*, p. 15.

⁴¹⁷ Secretaría del Consejo de la EU. *Nota conjunta de...*, *op. cit.*, p. 4.

mientras que en otros países este vacío se está solventando con lo que se denominan *soft laws*, que en nuestro país podrían equipararse a directrices de la fiscalía, y que son las que sientan las bases de cuando emplear una EIO y cuando acudir a un instrumento de MA. Este tratamiento desigual ha sido origen de fricciones entre los participantes, en aquellos casos en los que la petición de llevar a cabo una medida de investigación se ha emitido o recibido empleando alguna medida basada en MA de las que se entienden por sustituidas⁴¹⁸.

Como solución a estas fricciones, la práctica y puesta en contacto entre las diferentes autoridades intervinientes ha llevado a interpretar, aunque no de un modo vinculante, que una DEIO no cubre las siguientes medidas⁴¹⁹:

- Establecimiento de un JIT y recogida de pruebas en el marco del mismo.
- Notificación y envío de escritos procesales, a menos que la entrega de un documento sea instrumental para la medida de investigación objeto de la EIO.
- Intercambio espontáneo de información⁴²⁰.
- Transmisión de las diligencias⁴²¹
- Embargo preventivo de bienes a efectos de posterior decomiso⁴²²
- Restitución, devolución de un objeto a la víctima⁴²³
- Recopilación de extractos del registro de antecedentes penales.
- Cooperación entre cuerpos de policía o entre servicios de aduanas.

En sentido contrario, es decir, definiendo aquellos casos que en todo caso estarían amparados por una EIO, los asistentes a la reunión celebrada por EUROJUST, del 19 al 20 de septiembre de 2018, acordaron establecer las siguientes tres condiciones que habrían de cumplirse para aplicar la DEIO⁴²⁴:

⁴¹⁸ Secretaría del Consejo de la EU. *Nota conjunta de...*, *op. cit.*, p. 5.

⁴¹⁹ Red Judicial Europea. *Conclusions 2018 on...*, *op. cit.*, pp. 1-3.

⁴²⁰ Artículo 7 del ECMACM 2000.

⁴²¹ Artículo 21 del ECMACM 2000 1959 y Convenio del Consejo de Europa de 1972.

⁴²² Decisión Marco 2003/577/JAI del Consejo relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas; y, a partir del 19.12.2020, Reglamento 2018/1805 sobre el reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo y decomiso.

⁴²³ Artículo 8 del ECMACM 2000.

⁴²⁴ EUROJUST. *EUROJUST meeting on...*, *op. cit.*, p. 5.

- La orden es relativa a una medida de investigación para obtener una prueba transfronteriza.
- La orden fue emitida o validada por una autoridad judicial.
- La medida afecta a Estados miembros vinculados por la DEIO⁴²⁵.

Como puede comprobarse se trata de acuerdos consensuados entre partes, tanto en el listado de actividades incluidas como las excluidas de la aplicación de la DEIO, y carecen del necesario carácter vinculante que garantice el óptimo funcionamiento de una EIO. Consideramos que el nivel necesario de fiabilidad sólo se alcanzaría con una reforma del artículo 34 de la DEIO que clarificase de manera específica qué disposiciones de las anteriores herramientas de cooperación se consideran sustituidas y cuáles siguen vigentes.

Si esta inseguridad no se solventa, seguirán existiendo casos en los que ciertos países no acepten una EIO en base a unos hechos que entienden que no que no están amparados por la DEIO o, al contrario, que emitan solicitudes de auxilio empleando herramientas basadas en la MA que ya han sido superadas por la EIO.

Otros problemas identificados, si bien de menor calado, tienen que ver con el modo de tramitar una EIO a través del formulario reflejado en el anexo A de la DEIO. En primer término se considera que, en ocasiones, la información que contiene es demasiado escasa, provocando constantes procesos de consulta que retrasan el reconocimiento y ejecución de la Orden⁴²⁶. Las prácticas recomendadas por los usuarios hacen hincapié en que, en todo caso, se refleje siempre el nombre del investigado con el fin de evitar la vulneración del principio de *ne bis in ídem*.

⁴²⁵ Conviene recordar en este punto que ni Dinamarca ni Irlanda están vinculadas por la DEIO. Por este motivo, en la obtención transfronteriza de pruebas, Dinamarca continuará utilizando el ECMACM 2000, mientras que Irlanda, al no haber ratificado dicho Convenio, continuará aplicando el ECMACM 1959.

⁴²⁶ Secretaría del Consejo de la EU. *Nota conjunta de...*, *op. cit.*, pp. 8-9.

Por otra parte, en relación con la escasa regulación específica para ciertas medidas de investigación, que expusimos en el apartado III.7 de este trabajo, los usuarios de la EIO acusan la ausencia en el anexo A de casillas dedicadas a este tipo de medidas de investigación que contemplen la información necesaria para su ejecución.

También se acusan defectos en las justificaciones que son necesarias para la solicitud de las medidas de investigación contempladas en el capítulo IV de la DEIO, en concreto para ciertos tipos de actos coercitivos como entradas y registros en las que debieran especificarse las razones que llevan a solicitar este tipo de medidas y los objetos que se espera encontrar⁴²⁷.

Todas estas circunstancias, relativas al mal empleo del formulario para solicitar una EIO, pueden tener como consecuencia que no se logre el reconocimiento y ejecución del acto de investigación solicitado, o que se produzca un retraso que dé al traste con los objetivos de la petición. Se malograría, así, la consecución de la prueba transfronteriza que se pretende obtener a través de la EIO.

Dejando al margen los aspectos expuestos, relativos al empleo del formulario de solicitud de reconocimiento y ejecución de la EIO, los diversos informes disponibles también ponen de manifiesto una serie de dudas relativas a la aplicación del principio de especialidad. Referido al ámbito de la EIO, el principio de especialidad puede resumirse en que las pruebas obtenidas para una causa concreta no pueden emplearse para la investigación de un delito diferente al que originó la emisión de la Orden.

Al contrario de lo que ocurría en la FDEAW, analizada en el Capítulo IV de este trabajo, en el articulado de la DEIO no hay ninguna mención específica al principio de especialidad, por lo que su observancia divide a quienes la aplican.

Quienes se muestran a favor de la aplicación del principio de especialidad argumentan que se trata de un criterio general de la cooperación penal internacional y que ha de aplicarse por defecto al funcionamiento de la EIO. No obstante, la mayoría

⁴²⁷ Secretaría del Consejo de la EU. *Nota conjunta de...*, *op. cit.*, p. 9.

de los puntos de contacto de la EJM consideran que no hay razón alguna para aplicar el principio de especialidad a los resultados de la ejecución de una EIO al no estar reflejado en el articulado de la DEIO⁴²⁸.

La práctica ha sentado la costumbre de adjuntar una petición adicional cuando se espera que la prueba obtenida vaya a ser empleada en una causa diferente de la que originó la emisión de la EIO, con el fin de evitar posteriores problemas de admisibilidad de los medios probatorios obtenidos⁴²⁹.

Además, entre los usuarios de la EIO se ha acordado mencionar explícitamente aquellos casos en que el destino de los elementos de prueba va a ser una investigación que esté llevando a cabo un JIT y la posibilidad que esto conlleva en cuanto a la compartición de estas pruebas con el resto de participantes en el Equipo⁴³⁰.

En este caso, nos alineamos con la opinión de la mayoría puesto que la EIO cuenta con una regulación positiva que hace inoportuno recurrir a otras fuentes del derecho, es decir, si los legisladores europeos hubiesen considerado necesaria la aplicación del principio de especialidad en este tipo de medidas, lo habría reflejado en el articulado de la DEIO, tal y como hicieron en la FDEAW analizada en el Capítulo IV de este trabajo. En caso contrario, podrían argumentarse otros principios inspiradores de la cooperación internacional, ya superados, como puede ser el caso de la no entrega de nacionales, lo que aportaría importantes dosis de inseguridad jurídica al empleo del instrumento de cooperación.

El resultado práctico es que la falta de una regulación positiva de la aplicación del principio de especialidad, se ha traducido en una merma de la agilidad de la herramienta de cooperación, en cuya solicitud ahora hay que añadir una justificación adicional si se estima que las pruebas obtenidas pueden ser empleadas en otra investigación.

⁴²⁸ Red Judicial Europea. *Conclusions 2018 on...*, *op. cit.*, p.5.

⁴²⁹ Secretaría del Consejo de la UE. *Extracts from Conclusions...*, *op. cit.*, p. 6.

⁴³⁰ Secretaría del Consejo de la UE. *Nota conjunta de...*, p. 22.

Por otra parte, otro de los escollos encontrados en la aplicación práctica de la DEIO radica en la gestión de los casos de tramitación urgente, contemplados en el artículo 12.2. A pesar de que la agilización del proceso está previsto en su articulado, la DEIO no dispone de medidas concretas para llevarla a cabo, lo que genera problemas relativos al modo en que deben emitirse y reconocerse las EIO que revisten este carácter urgente⁴³¹.

El primero de los problemas que exponen los usuarios es el abuso de esta vía de tramitación en aquellos casos que no revisten urgencia real, sino que ocultan demoras injustificadas en la gestión del país de emisión o el único afán de conseguir las pruebas requeridas con celeridad para concluir su investigación lo antes posible. Para evitar esta mala praxis, consideramos que sería necesario que la DEIO tasase los motivos que pueden esgrimirse para considerar un caso como urgente.

Por otro lado, los expertos ponen de manifiesto las dificultades idiomáticas que se dan en estos casos de urgencia y la mayoría plantea que debería existir la obligación de tramitar este tipo de peticiones empleando el inglés como lengua de expresión, para ahorrar demoras innecesarias debidas a los procesos de traducción⁴³².

Otra de las dificultades encontradas en la tramitación urgente reside en la dificultad para que la autoridad competente firme la emisión de la EIO, o la validación de la misma, en aquellos casos en que la necesidad de emitir la Orden tiene lugar en periodo de vacaciones o en fines de semana.

En este sentido, algunos Estados aceptan adoptar medidas iniciales para obtener pruebas incluso antes de recibir una EIO validada, con la recepción de un simple correo electrónico, una llamada o un fax. Entendemos que estas acciones iniciales están encaminadas a asegurar que no se destruyan datos que pudieran resultar irre recuperables en caso de demora en la ejecución de la EIO. No obstante, la gran

⁴³¹ Secretaría del Consejo de la EU. *Nota conjunta de...*, *op. cit.*, p. 18.

⁴³² EUROJUST. *EUROJUST meeting on...*, *op. cit.*, p. 11.

mayoría de los Estados no admite actuación alguna hasta que no reciben una EIO debidamente validada por una autoridad judicial⁴³³.

En todo caso, los expertos refieren que en estas situaciones de urgencia, resulta aún más aconsejable la participación de los puntos de contacto de la EIJ o de los expertos de EUROJUST⁴³⁴, ya sea para actuar como intermediarios o para resolver las dudas que se planteen.

Por último, dentro de esta casuística de problemas identificados por los expertos europeos en cuanto a la aplicación de la EIO, expondremos aquellos que están relacionados con algunas medidas específicas de investigación y que son susceptibles de perjudicar la obtención de una prueba procesalmente eficaz.

En relación con la comparecencia por videoconferencia, regulado en el artículo 24 de la DEIO, el principal inconveniente detectado consiste en que muchos de los Estados miembros, entre ellos España, han transpuesto a sus ordenamientos nacionales que la negativa del investigado aborta cualquier posibilidad de que este acto de investigación se lleve a cabo⁴³⁵.

Este modo de transposición no supone ninguna vulneración de lo dispuesto en la DEIO, dado que su articulado deja abierta la posibilidad de que los Estados contemplen o no este tipo de circunstancias en sus normativas de transposición. No obstante, el hecho de que gran parte de los países miembros haya optado por disponer que la voluntariedad del investigado sea indispensable para que pueda testificar mediante videoconferencia, ha mermado la eficacia que podría tener esta medida de investigación.

Otro de los aspectos, relacionado también con la comparecencia por videoconferencia, que plantea dudas entre quienes emplean la EIO, es la no regulación del modo en que debe aplicarse este tipo de medidas a las víctimas. Efectivamente, el

⁴³³ Red Judicial Europea. *Conclusions 2018 on...*, *op. cit.*, p. 4.

⁴³⁴ Secretaría del Consejo de la EU, *Nota conjunta de...*, *op.cit.*, p. 18.

⁴³⁵ Secretaría del Consejo de la EU, *Nota conjunta de...*, *op.cit.*, pp. 20-21.

artículo 24 regula las circunstancias que rodean a la declaración de los investigados, de los peritos y de los testigos, pero en ningún caso se refiere a qué requisitos deben cumplirse para la video-comparecencia de quienes tienen el estatus de víctima. No obstante, por la vía de la práctica, todos los expertos coinciden en asimilar sus condiciones a las de los testigos. En cualquier caso, las recomendaciones de EUROJUST están encaminadas a que, en pos de la posterior efectividad procesal de los medios de prueba obtenidos, ante la duda se dote al declarante de las máximas garantías procesales⁴³⁶.

Para terminar con las cuestiones que aparecen entre los usuarios referentes a la declaración por videoconferencia, otra de ellas consiste en si podría emplearse para que un acusado declarase en la fase oral del proceso, en lugar de proceder a su traslado al país donde tenga lugar. La respuesta a esta cuestión se encuentra en el considerando 25 de la DEIO, donde queda claro que puede emitirse una EIO para cualquiera de las fases del proceso penal. Es decir, la declaración por videoconferencia constituye una alternativa real al traslado del acusado para testificar en la fase oral del proceso aunque no debe olvidarse que, en gran parte de los Estados miembros, basta con que el investigado deniegue su consentimiento para que esta medida no pueda llevarse a cabo.

Dejando al margen los inconvenientes surgidos con las video-comparecencias, pasaremos ahora a otros problemas detectados en la aplicación de otras medidas específicas de investigación, relacionados con medidas de investigación de índole tecnológico y que pueden tener incidencia en la eficiencia de la EIO para obtener pruebas transfronterizas.

El primero de ellos, que ya adelantamos en apartados anteriores, consiste en el tratamiento que ha de darse a cuestiones como la obtención de imágenes o sonido de manera operativa, el seguimiento por GPS o al acceso a un dispositivo técnico para obtener pruebas electrónicas⁴³⁷. Tal y como señalábamos en el apartado III.7, la DEIO

⁴³⁶ EUROJUST. *EUROJUST meeting on...*, *op. cit.*, p. 12.

⁴³⁷ Secretaría del Consejo de la EU, *Nota conjunta de...*, *op.cit.*, p. 21.

carece de disposiciones específicas sobre el modo en que han de llevarse a cabo ciertos actos de investigación que son muy frecuentes en la actualidad. Esta circunstancia, que en dicho apartado adelantábamos desde un plano teórico, se manifiestan a través de la experiencia de los expertos que únicamente encuentran cierto acomodo para este tipo de medidas en lo dispuesto en el artículo 28 de la DEIO, dedicado a la obtención de pruebas en tiempo real.

En concreto, uno de los campos tecnológicos en el que aparecen numerosas dudas es la instalación de medios de obtención de audio encubierto. En este sentido, existen opiniones que consideran que deberían estar sometidos a las mismas condiciones que las dispuestas en los artículos 30 y 31 de la DEIO, que regulan las intervenciones telefónicas, con y sin asistencia técnica de otro Estado miembro.

La principal de estas condiciones en torno a las que surge el debate es una de las contempladas en el artículo 31, consistente en notificar al Estado anfitrión (a través del anexo C de la DEIO) que uno de los individuos que reside en el mismo está sometido a una intervención telefónica para la cual no ha sido necesaria la actuación técnica de dicho país. En esta línea, algunos expertos consideran que dicha notificación debería extenderse a aquellos casos en los que un objetivo al que se le ha instalado un medio de obtención de audio encubierto acabe desarrollando su actividad en otro Estado miembro.

Atendiendo al bien jurídico que protege el mencionado artículo 31, que no es otro que el respeto a la soberanía del Estado miembro en el que acaba residiendo un investigado, consideramos que la instalación de un micrófono oculto no supone una diferencia esencial con una intervención telefónica, aunque en nuestro país ambas medidas afecten a dos derechos fundamentales diferentes, como son el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones.

En caso contrario, es decir, de no mediar dicha comunicación al Estado de residencia del investigado, es muy probable que se reduzca considerablemente la

eficacia procesal de los resultados de la instalación de dicho medio de obtención de audio.

Ahora bien, cuestión diferente es que dicha comunicación se convierta, como señalan numerosos usuarios de la EIO, en una nueva evaluación sobre la pertinencia de la medida de investigación solicitada⁴³⁸. Esta circunstancia tiene su origen en el literal del artículo 31.3 de la DEIO cuando se establece que, a raíz de dicha notificación, el Estado de residencia podrá valorar si dicha medida de investigación se podría llevar a cabo en un caso doméstico similar.

No obstante, consideramos que la evaluación que ha de llevar a cabo el Estado de residencia debe ceñirse a unos datos muy básicos, casi limitados a conocer el tipo penal que motivó la solicitud de la intervención telefónica y si este tipo de medidas estarían disponibles para la investigación de ese delito en su territorio. De otro modo, si dicho país evaluase otros aspectos relativos a la necesidad de la medida, o la proporcionalidad de la misma, se estarían introduciendo motivos adicionales de denegación que no están contemplados en el articulado de la DEIO, disminuyendo la eficacia de la transmisión de medios de prueba a través de una EIO.

En cualquier caso, y como indicador de si realmente esta notificación se está llevando a cabo en la práctica actualmente, los expertos de la mayoría de los países manifiestan que nunca han recibido un anexo C⁴³⁹. Este dato llama la atención si se tiene en cuenta que muchas operaciones contra el crimen organizado se llevan a cabo en zonas fronterizas, que es frecuente que los investigados pasen tiempo en diferentes países y que las intervenciones telefónicas son una medida de investigación ampliamente utilizada.

⁴³⁸ EUROJUST. *EUROJUST meeting on....., op. cit.*, p 15.

⁴³⁹ EUROJUST. *EUROJUST meeting on....., op. cit.*, p 13.

2. Valoración de la eficacia judicial de la EIO en España

En el momento en que se redacta este trabajo, la EIO se encuentra en su última fase de implantación en España. No en vano, la DEIO entró en vigor el 22 de mayo de 2017 para el conjunto de los Estados de la EU implicados, como ya se mencionó en apartados anteriores.

Desde el punto de vista español, la transposición de la DEIO materializada a través de la Ley 3/2018, de 11 de junio, por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, para regular la Orden Europea de Investigación, no tuvo vigencia hasta el 2 de julio de 2018. El recorrido de la EIO en nuestro país todavía es, por tanto, bastante limitado. No obstante, dado que la eficacia en Europa data del 22 de mayo de 2017 y que muchos países sí realizaron la transposición puntualmente, España ha comenzado a acumular cierta experiencia como país receptor de EIO.

Los principales informes estadísticos y valorativos que están disponibles, y cuyo examen nos es de utilidad, son los correspondientes a los años 2017 y 2018. En nuestro país, dada la responsabilidad asignada al Ministerio Fiscal, el análisis de la EIO más fidedigno está reflejado por las Memorias de la Fiscalía General del Estado⁴⁴⁰.

A tenor de lo que reflejan estos informes, la entrada en vigor de la EIO ha supuesto un considerable aumento de la carga de trabajo para los fiscales de nuestro país. En este sentido, contando con el informe positivo del Consejo de Estado, en 2018 se incrementaron las dotaciones de personal de siete fiscalías⁴⁴¹, seleccionadas porque acumulaban el 50% del total nacional de peticiones de cooperación internacional.

⁴⁴⁰ Estos informes son emitidos por la Fiscalía General del Estado en el segundo semestre de cada año, y analiza los datos del año anterior.

⁴⁴¹ En concreto, se han reforzado las fiscalías de Barcelona, Málaga, Valencia, Alicante, Baleares, Murcia y Madrid.

Además, han sido varias las fiscalías que han reforzado su plantilla con funcionarios de gestión y tramitación, como también han impartido formación específica para poder dar curso eficaz a las EIO solicitadas a nuestro país.

En relación al funcionamiento de la tramitación de las EIO, la Unidad de Cooperación Internacional de la FGE, encuentra un vacío en la LRM. Siguiendo su articulado, se atribuye al Fiscal la competencia para ejecutar aquellas EIO que no supongan limitaciones de los derechos fundamentales, pero no se determina a qué fiscalía concreta le corresponde su materialización, siendo la Unidad de Coordinación de la Fiscalía (UCIF) la encargada de establecer los criterios del reparto⁴⁴².

El reparto también está causando disfunciones cuando la medida de investigación implica la afectación de derechos fundamentales y se trata de determinar el juzgado competente para dar cumplimiento a la ejecución de la EIO. A tenor de lo expuesto por la FGE, las cuestiones de reparto suponen uno de los mayores problemas que está encontrando la implementación de la EIO en España. Este problema es especialmente grave, si se tiene en cuenta que la celeridad supone uno de los puntos fuertes por los que aboga la DEIO y se acusa aun más cuando la petición requiere una tramitación urgente.

En este último caso, relativo a la tramitación urgente, el Reglamento 1/2018, sobre auxilio judicial internacional y redes de cooperación judicial internacional, no prevé que la Fiscalía sea competente para determinar el reparto urgente, sino que debe ser el Servicio de Relaciones Internacionales del CGPJ o el miembro nacional de EUROJUST quien determine el destino final de la Orden. Lo que supone un gran obstáculo a la celeridad de la tramitación de las EIO, si se tiene en cuenta que la gran mayoría de las peticiones urgentes de auxilio se reciben a través de la Fiscalía.

En cuanto a estadísticas de actividad, los datos correspondientes al año 2017 se limitan a las EIO que ha recibido España, dado que nuestro país todavía no había

⁴⁴² Fiscalía General del Estado. *Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2018, 2019*, p 922, puede consultarse en: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2019/FISCALIA_SITE/index.html

desarrollado los mecanismos precisos para emitir una petición. El primer indicador de la puesta en marcha de la EIO ha sido el descenso de solicitudes de comisiones rogatorias, que como era de esperar han sido sustituidas por el nuevo instrumento de cooperación.

Durante 2017 se recibieron en nuestro país 186 EIO⁴⁴³. Entre los países emisores destaca Francia con 66, Holanda con 50, 45 por Alemania y Portugal con 8. En cuanto al análisis cualitativo, los delitos para los que se solicitaron fueron mayoritariamente los de estafa con un 74,6% del total, seguidos de los delitos contra la salud pública con un 12,9%, otros contra la propiedad con un 6,9% y los delitos tributarios y de trata de seres humanos con algo más de un 2% en ambos casos⁴⁴⁴.

En lo que respecta a 2018, España ya disponía de los mecanismos legales para la emisión de EIO, como se ha expuesto en párrafos anteriores. Sin embargo, se han detectado serias disfunciones de control que impiden una cuantificación exacta de las EIO que se emiten por las autoridades competentes en nuestro país.

La primera de estas anomalías afecta al papel activo de nuestro país como emisor y consiste en que las EIO se emiten por Fiscales de todas las secciones, que no siempre recuerdan la necesidad de registro o sencillamente desconocen la obligación de realizar ese registro. Así, durante 2018 sólo constan dos EIO activas por parte de la Fiscalía Anticorrupción y otra más por parte de la Fiscalía provincial de Granada.

No obstante, atendiendo a las noticias que aparecen en diferentes medios de comunicación⁴⁴⁵, nos consta que el número de EIO emitidas desde nuestro país es mucho mayor del reflejado en el párrafo anterior.

⁴⁴³ Fiscalía General del Estado. *Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2017*, 2018, p. 817, puede consultarse en: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2017/FISCALIA_SITE/index.html

⁴⁴⁴ En el año 2017, el sistema de Expedientes de Cooperación Internacional (CRIS) no diferenciaba en su estadística entre EIO y el resto de peticiones de auxilio judicial, por lo que esta estadística ha de entenderse como una aproximación inexacta.

⁴⁴⁵ Durante la elaboración de este trabajo, se ha realizado un seguimiento pormenorizado de la actividad de las autoridades españolas en cuanto a la emisión de EIO que ha reflejado la prensa. Sólo mostraremos algunos casos como ejemplo: emisión del Juzgado N°2 de Palma para tomar declaración a un británico por un caso de fraude (Crónica Balear, 11/02/2020); detención de una organización criminal

La segunda anomalía afecta al recuento de las EIO que se reciben en España y consiste en que algunos Juzgados las han recibido de manera directa por error, procedente de otros países, y han procedido a ejecutarla sin que el Ministerio Fiscal tenga conocimiento.

Así, el número de EIO recibidas pasó de las 186 recibidas en 2017, a las 1744 de 2018, casi diez veces más. No obstante, el incremento debería ser aun mayor, puesto que todas las comisiones rogatorias que se recibían de países de la EU, tendrían que adoptar ahora el formato de una EIO⁴⁴⁶. En cuanto a los países de origen, Alemania sigue siendo el Estado con más solicitudes de EIO, con 517, seguida por Holanda con 280.

Durante 2017, las medidas de investigación más solicitadas fueron las peticiones de información sobre cuentas y operaciones bancarias, seguidas de videoconferencias y solicitudes de información de bases de datos. Precisamente sobre las videoconferencias, el Ministerio Fiscal pone el acento en la dificultad para llevarlas a cabo por la necesidad de coordinación previa, las dificultades para encontrar técnicos cualificados y las diferencias horarias. Como dato adicional, únicamente el 10% de las medidas de investigación recibidas afectaba a derechos fundamentales y, por tanto, debieron ser remitidas al Juzgado competente.

Por último, entre las EIO que se reciben en nuestro país se han detectado un número importante que están motivadas por un procedimiento administrativo, a pesar de la necesidad de control de un juez o fiscal en la emisión, y de la imprescindible valoración de los criterios de necesidad y proporcionalidad. Este tipo de peticiones desproporcionadas estaban relacionadas con impagos de peajes, vulneraciones de los tiempos de veda de caza, o estafas por valor de cinco euros.

que se dedicaba al Tráfico de Seres Humanos en Gibraltar, investigada con una EIO (ABC, 12/01/2020); o la detención en Bélgica un hombre por la muerte de una mujer, gracias a la aplicación de una EIO para localizar su vehículo (Sur Digital, 30/12/2019).

⁴⁴⁶ Fiscalía General del Estado, *Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2018, 2019*, p. 925, puede consultarse en: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2019/FISCALIA_SITE/index.html

A modo de conclusión del apartado, tras el análisis del estado de implantación de la EIO desde un punto de vista judicial en España, las disfunciones encontradas en este estadio inicial son atribuibles a cuestiones organizativas internas relacionadas, principalmente, con el Ministerio Fiscal. No son extrapolables, por tanto, al resto de países de la EU ni la solución de éstas aportaría una mejora de la eficacia procesal de las pruebas transfronterizas a nivel europeo.

3. Valoración de la eficacia policial de la EIO en España

Tras valorar la eficacia judicial de la EIO, tanto desde el punto de vista europeo como español, en este apartado nos centraremos en cómo este tipo de órdenes se materializa a través de los cuerpos policiales de nuestro país, como elemento fundamental de la investigación penal. La finalidad de este análisis es identificar problemas que puedan surgir de la aplicación práctica de la DEIO, por parte de las fuerzas ejecutivas de la investigación, para obtener conclusiones que nos lleven a aportar propuestas que contribuyan a mejorar la obtención de pruebas transfronterizas.

A lo largo de este Capítulo ha quedado patente que la EIO es una herramienta eminentemente judicial y que su componente policial queda relegado al de ejecutar las medidas de investigación que se requieran por parte de jueces o fiscales extranjeros o a instar a las autoridades nacionales a que soliciten la ejecución de tales actos a una autoridad de otro Estado miembro. No obstante, esta limitada función no es óbice para que la aplicación por parte de las fuerzas policiales de lo dispuesto en la DEIO, pueda poner de manifiesto alguna disfunción que requiera afrontar reformas en su articulado.

Basaremos nuestro análisis en el modo de proceder de la Guardia Civil, como uno de los dos cuerpos policiales con competencia estatal en nuestro país, por la sólida estructura que ha dado a la canalización de las herramientas de cooperación judicial internacional, en especial a la EIO.

Atendiendo a la Instrucción técnica núm. 26/2018, de 25 de mayo, sobre comunicaciones internacionales en el ámbito de la policía judicial, emitida por la Jefatura de Policía Judicial del Instituto Armado, la intervención de la Guardia Civil en la EIO se clasifica según se trate de una solicitud de cooperación judicial activa o pasiva.

Se entiende por “solicitud de cooperación judicial activa” aquella en la que una Unidad de Policía Judicial de la Guardia Civil promueve que una autoridad española emita una EIO requiriendo la colaboración de una Autoridad Judicial o del Ministerio Fiscal del extranjero⁴⁴⁷.

En estos casos, y atendiendo a lo dispuesto en dicha Instrucción, la Unidad investigadora debe poner dicha necesidad en conocimiento del órgano judicial o fiscalía que entienda de la causa para que, a su vez y si así lo estiman conveniente, impulse la cooperación judicial internacional, en este caso la emisión de una EIO.

La UTPJ, dependiente de la Jefatura de Policía Judicial, impulsará la transmisión y seguimiento de las solicitudes de cooperación judicial activa a través del Oficial de Enlace de la Guardia Civil en la Fiscalía de Cooperación Internacional, encuadrado en el Departamento de Cooperación Internacional.

Por otra parte, en términos de lo dispuesto en la mencionada Instrucción, se considera “solicitud de cooperación judicial pasiva” aquella en la que la Guardia Civil es requerida, por una Autoridad Judicial o del Ministerio Fiscal del extranjero, ya sea directamente o indirectamente a través de sus homólogos en España, para llevar a cabo un acto de investigación. En este caso, el protocolo de la Guardia Civil distingue dos supuestos.

⁴⁴⁷ Jefatura de Policía Judicial de la Guardia Civil. *Instrucción técnica núm. 26/2018, de 25 de mayo, sobre comunicaciones internacionales en el ámbito de la policía judicial*, 2018, pp. 16-18.

El primero de estos supuestos se da en aquellos casos en que la EIO emitida por la Autoridad Judicial o el Ministerio Fiscal del extranjero se recibe a través de una Autoridad Judicial o del Ministerio Fiscal de España. En este caso, la Unidad de Policía Judicial que haya sido requerida ejecutará lo solicitado y dará cuenta a la autoridad española de las diligencias practicadas en los términos dispuestos en la resolución que las acuerde.

El segundo supuesto consiste en aquellas situaciones en las que la EIO, procedente de otro Estado miembro, se recibe directamente por una Unidad de la Guardia Civil. El protocolo diseñado por esta Institución establece que, cuando se dé esta situación, la Unidad de Policía Judicial que haya recibido de manera directa la EIO deberá informar al organismo emisor de la imposibilidad legal de dar cumplimiento a lo solicitado, así como del procedimiento correcto a seguir para su tramitación ante el Ministerio Fiscal español.

No obstante, con independencia de lo anterior y en aras de agilizar el resultado final de la cooperación judicial solicitada, la Unidad de Policía Judicial que haya recibido el requerimiento lo redirigirá a los Juzgados, Tribunales o Fiscalía de la provincia de su demarcación territorial, cuando el municipio de residencia del encausado se encuentre dentro de la misma y, además, a la UTPJ, para que a su vez proceda a su remisión a la Unidad de Cooperación Internacional de la Fiscalía General del Estado.

Puede comprobarse que el protocolo diseñado, aunque sencillo, asimila la tramitación de las EIO que establecen las instrucciones de la fiscalía, al tiempo que trata de evitar cualquier tipo de retraso o circunstancia que malogre la ejecución de una EIO.

En este punto surge otro aspecto que consideramos trascendental para que las fuerzas policiales puedan sumar en la sinergia del empleo eficaz de las EIO y que no es otro que la adecuada formación de sus componentes.

Es poco probable que el desconocimiento de la naturaleza de este tipo de órdenes tenga consecuencias negativas en la ejecución de una EIO cuando se trata de jugar un papel pasivo, puesto que la orden y el modo de proceder llegarán desde un juez o fiscal español como si se tratase de un caso nacional.

No obstante, la falta de difusión de la existencia de este tipo de herramientas, así como la falta de formación en su funcionamiento, sí pueden disminuir la rentabilidad que se puede obtener de las mismas cuando las fuerzas policiales juegan un papel activo. Es decir, difícilmente las fuerzas policiales promoverán la emisión de una EIO ante la autoridad judicial o fiscal si desconocen la existencia de esa herramienta, o si no conocen las bases de su funcionamiento.

Frente a esta necesidad, la Guardia Civil creó la Red de Expertos en Cooperación Internacional de Policía Judicial (RECI-PJ)⁴⁴⁸, con la finalidad de coordinar la actuación de todos los profesionales que, tanto a nivel central como periférico, tengan que hacer uso de este tipo de herramientas, así como promover la formación en este ámbito.

Las principales funciones de la RECI-PJ están encaminadas a la resolución de problemas que puedan surgir a los participantes en investigaciones de carácter transnacional, a buscar un modo de proceder coordinado entre las diferentes unidades intervinientes y a engranar el contacto con organizaciones de carácter judicial o fiscal que entiendan del mismo tipo de investigaciones.

Consideramos la creación de este tipo de organizaciones de ámbito policial como un valor añadido que aporta, en este caso, la Guardia Civil y que debería extrapolarse a un ámbito supranacional. En el campo policial, instituciones como EUROPOL podrían adoptar un papel más activo como ya lo ha hecho en otro tipo de herramientas de cooperación penal, como es el caso de los JIT.

⁴⁴⁸ Jefatura de Policía Judicial de la Guardia Civil, *Instrucción Técnica 25/2017, de 10 de febrero*, 2017.

VI. RELACIÓN DE LA EIO CON OTROS INSTRUMENTOS DE COOPERACIÓN PROCESAL PENAL

En este apartado analizaremos la coexistencia de la EIO con otras herramientas de cooperación procesal penal, con el fin de identificar las posibles disfunciones que puedan surgir entre ellas para, una vez detectadas, obtener conclusiones que nos lleven a aportar propuestas que contribuyan a mejorar el sistema de cooperación que forma el conjunto de éstas.

En capítulos anteriores tuvimos la oportunidad de comprobar los posibles puntos de contacto entre la EAW y la EIO, también vimos que el empleo de los JIT no excluía la posibilidad de recurrir a otras herramientas de cooperación, estuviesen basadas en el MR o en la MA. Ahora nos centraremos en la relación de la EIO con otros instrumentos con los que entra en conjunción y en cuyo contacto pueden encontrarse puntos de fricción.

Uno de los puntos que ha generado cierta confusión es la obtención de un objeto que se aprehende en el transcurso de una investigación en un Estado extranjero. El caso en que se trate del decomiso del objeto en cuestión para su restitución a la parte perjudicada o de su embargo preventivo, dicha obtención quedaría fuera del ámbito de aplicación de la EIO.

Por otra parte, si el propósito de la obtención del objeto es que constituya una prueba en un proceso penal, es evidente que el instrumento adecuado para solicitar su traslado sería una EIO. Sin embargo, las dudas surgen cuando el propósito de la solicitud es doble, es decir, por un lado la obtención de un medio de prueba y por otro, una vez finalizado el proceso judicial, la devolución del mismo a la parte perjudicada.

En estos casos en los que la finalidad de la solicitud es doble, por una parte obtener una prueba y por otra el decomiso del objeto, los expertos recomiendan emplear una EIO⁴⁴⁹. Consideramos esta opción del todo acertada puesto que, situados en esa

⁴⁴⁹ Secretaría General del Consejo de la EU, *Nota conjunta de...*, *op. cit.*, p. 23.

tesitura, parece más aconsejable llevar a cabo el traslado cumpliendo con todas las garantías procesales de modo que en ningún momento se perjudique la posible eficacia procesal del bien trasladado.

La última de las figuras de cooperación penal que pudiera entrar en contacto es la de las vigilancias fronterizas. En este sentido, el considerando 9 de la DEIO es taxativo cuando establece que la EIO no debe aplicarse a los casos de vigilancia transfronteriza contemplados en el artículo 40 del SA.

No obstante, no compartimos esta exclusión dado que aunque la vigilancia transfronteriza está contemplada en el capítulo del SA dedicado a la cooperación policial, se trata de una medida que tiene un importante componente judicial tal y como adelantábamos en el Capítulo I de este trabajo. Es decir, si para solicitar a otro Estado que lleve a cabo una vigilancia transfronteriza sobre un investigado es necesaria la emisión de una solicitud judicial, consideramos que hubiese sido acertado que dicha solicitud se sustituyese por una EIO.

No en vano, la vigilancia transfronteriza no es más que una medida de investigación encaminada a obtener pruebas que, a nuestro juicio, debería estar englobada en la DEIO. Con mayores argumentos, si se tiene en cuenta que entre los objetivos de la DEIO está, precisamente, acabar con el sistema fragmentario del *corpus iuris* de la obtención de pruebas transfronterizas en la EU.

Además, con esta inclusión y al marcar ciertas líneas de actuación para llevar a cabo esa vigilancia transfronteriza, se aportarían unas mayores garantías a la información u objetos que se obtuviesen durante la materialización de este tipo de medida de investigación, dado que en el SA no hay mención alguna al modo en que han de obtenerse las pruebas durante la vigilancia, ni en los efectos que podrán desplegar dichos elementos.

VII. RECAPITULACIONES

A continuación concretaremos el análisis de los apartados anteriores en las recapitulaciones más relevantes respecto a la EIO, sobre las que se construirán las propuestas legislativas y de otra índole que se exponen en el Capítulo VI de este trabajo:

PRIMERA. La Directiva consigue, no sin ciertas dificultades en el pertinente desarrollo normativo a nivel nacional, su objetivo de mejorar en la agilidad y sistematización de la cooperación judicial en la obtención y práctica de la prueba en todas las fases del proceso penal. Todo ello a través de una firme apuesta por el principio del reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, que contempla una mayor concreción de los motivos de denegación y una importante reducción de los requisitos formales para la solicitud del auxilio judicial.

SEGUNDA. La Orden Europea de Investigación logra reducir y simplificar el elenco de normas existentes hasta la fecha, encaminadas a la obtención, preservación o traslado de los posibles elementos de prueba. Principalmente porque su texto no excluye ningún tipo de acto de investigación por su tipología, sino por unas determinadas cuestiones procedimentales o de fondo. Además, en su articulado implanta, aunque de manera genérica, las medidas necesarias para cubrir todos los pasos en la obtención de los medios de prueba como son la preservación, el aseguramiento, traslado, etc.,...

TERCERA. Aunque los motivos de denegación se definen con una concreción superior a la de otros instrumentos de cooperación, no están blindados frente a cierto margen de discrecionalidad. En este sentido, existen previsiones en las que caben interpretaciones ulteriores del Estado de recepción en cuanto a la necesidad y proporcionalidad del acto de investigación solicitado. Tal es el caso de la posibilidad de denegar ciertas medidas si no están disponibles en una situación doméstica similar, sin que se defina en qué términos puede hacerse esa comparación de igualdad.

CUARTA. Al hilo de la definición de los motivos de denegación, puede considerarse que existe un tímido efecto armonizador de las medidas de investigación que existen en los diferentes Estados. Esta ligera armonización se debe a la imposibilidad de que los países denieguen ciertos actos de investigación (actos o medidas blindadas) en las circunstancias recogidas en el artículo 10.2 de la DEIO, lo que obliga a que todos los Estados las tengan disponibles. En nuestra opinión, además, esta imposibilidad de denegar estas medidas debería haberse extendido a que no pudiesen ser sustituidos por otras, bajo el criterio del Estado de recepción.

QUINTA. Entre los diferentes motivos de denegación, resulta especialmente importante el que establece el artículo 11.1.f) de la DEIO, consistente en denegar el acto solicitado cuando pueda suponer una vulneración de lo dispuesto en el artículo 6 del ToL y de la ChFREU. El respeto a lo dispuesto en estos artículos, tras los que se encuentra la protección de los derechos fundamentales de los investigados, no sólo afecta al acto propio de investigación, sino también a la posterior eficacia del resultado de su ejecución. Por este motivo, consideramos que la DEIO no debería dejar a las transposiciones nacionales el margen de que este motivo de denegación sea potestativo, sino que debiera ser imperativo para todos los Estados obligados por la norma.

Concluimos, además, que la definición de unos estándares comunes en cuanto al modo en que han de protegerse los derechos fundamentales que entran en juego en la investigación, construida en torno a una concepción compartida del concepto del derecho a un proceso equitativo, contribuiría en buena medida a una protección eficaz de las garantías de las partes implicadas y, en consecuencia, a la eficacia procesal de la prueba transfronteriza obtenida.

SEXTA. A diferencia de otras herramientas de cooperación desarrolladas con anterioridad, la DEIO permite que los investigados también puedan solicitar a la autoridad competente la emisión de una Orden para ejercer una defensa efectiva. Esta posibilidad disminuye el desequilibrio que se daba en otros instrumentos, entre

acusación y defensa, y contribuye a respetar el derecho a un proceso equitativo que propugnan el artículo 6 del ECoHR y el 47 de la ChFREU.

SÉPTIMA. Aunque la DEIO define la existencia de una autoridad central, ésta no interfiere en que la emisión, reconocimiento y ejecución de una EIO sean puramente judiciales. La intervención de esta Autoridad se limita a labores de coordinación y de auxilio administrativo.

OCTAVA. Consideramos acertada la convivencia de la DEIO con la figura de los JIT, dado que dan respuesta a necesidades diferentes y complementarias. La creación de un JIT no es una medida de investigación, *stricto sensu*, sino que tiene una finalidad más amplia, aunque en su seno puedan llevarse a cabo diversos actos de investigación. Por otro lado, como se ha visto, la existencia de un JIT no excluye que pueda ser necesaria la emisión de una EIO para solicitar la obtención de un elemento probatorio a un Estado que no forme parte de dicho Equipo.

NOVENA. Atendiendo a la homologación de los medios de prueba obtenidos en otro Estado miembro para su aplicación a un proceso penal que discurra en otro país, resulta especialmente interesante e innovadora la aplicación del *fórum regit actum*. Según este principio, es posible aplicar las normas procesales de un país en territorio extranjero siempre que no vulneren los principios jurídicos fundamentales del Estado en que se ejecuten los actos de investigación.

DÉCIMA. El articulado de la Directiva es sensible a la diversidad de los sistemas procesales presentes en la Unión Europea. En este sentido establece una definición de autoridad competente que presenta la flexibilidad necesaria para ser compatible con los diferentes ordenamientos nacionales, todo ello a través de la necesaria homologación judicial que facilita la admisibilidad de los resultados obtenidos en la ejecución de los actos de investigación.

DÉCIMA PRIMERA. En líneas generales puede considerarse que la EIO blindada, casi por completo, la cooperación procesal penal frente a la discrecionalidad administrativa de

modo que la obtención de pruebas sea un proceso lo más automatizado posible. No obstante, este hermetismo no es perfecto. A nuestro juicio existen cláusulas excesivamente garantistas que pueden perjudicar la aplicación de alguna de las medidas de investigación, tal es el caso de la exploración de la voluntariedad del detenido para su traslado o para prestar su testimonio a través de videoconferencia. También entre los casos de denegación existen motivos que podrían presentar cierta ambigüedad, como son los casos que fundamentan el no reconocimiento en el posible perjuicio a la seguridad nacional.

DÉCIMA SEGUNDA. El artículo 34.1 de la DEIO establece que, a partir del 22 de mayo de 2017, lo dispuesto en su articulado sustituye las “disposiciones correspondientes” del ECMACM 1959, del SA y del ECMACM 2000. Sin embargo, no especifica a qué disposiciones concretas se refiere, dejando a la interpretación de los Estados que aplican la DEIO la elección de ésta u otras de las herramientas anteriores de cooperación. Esta circunstancia ha generado una extendida controversia entre los Estados que han interpretado esta sustitución genérica en función de las diferentes transposiciones de la DEIO y que puede incidir en el modo en que se llevan a cabo ciertos actos de investigación y en la eficacia procesal de sus resultados.

DÉCIMA TERCERA. A través del texto de la Directiva no queda claro si ha de respetarse el principio de especialidad o no sobre las pruebas obtenidas en la ejecución de una EIO. El consenso generalizado, en pos de una mayor protección de los derechos de los investigados, ha sido que se observe su cumplimiento si bien no hay fundamentos positivos para esta limitación. En este caso, la falta de una regulación clara al respecto se traduce en una traba auto-impuesta por los usuarios que prefieren asegurar la eficacia procesal de los resultados obtenidos en la aplicación de la EIO.

DÉCIMA CUARTA. La DEIO carece de disposiciones específicas para llevar a cabo ciertas medidas de investigación, como la consecución de la prueba electrónica, la toma de muestras biológicas para obtención de ADN o la instalación de medios técnicos para el rastreo o la obtención de audio encubiertos. Esta carencia no excluye, claro está, que dichos actos puedan llevarse a cabo a través de una EIO, pero la ausencia de criterios

unificadores pone en peligro la eficacia procesal de los frutos obtenidos de su aplicación.

En este sentido, consideramos que algunos actos, de gran importancia en el discurrir de una investigación, deben ser objeto de una regulación más concreta como así lo son otros de los contemplados en el capítulo IV de la DEIO.

DÉCIMA QUINTA. Relativo a las medidas que carecen de una regulación específica en la DEIO, valoramos como un acierto el desarrollo de la propuesta de Reglamento del parlamento europeo y del consejo sobre las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal, por tres razones.

En primer lugar porque complementa a la DEIO en un campo que cada vez cobra más importancia en cualquier investigación. También por el formato de norma que se ha empleado, el Reglamento, que tiene efecto directo y no precisa de transposiciones que desvirtúen su efectividad. Y, por último, por el acierto de dirigirse directamente a los proveedores de servicio, sin que quepan injerencias de ningún tipo en la obtención de la información.

DÉCIMA SEXTA. Otra de las medidas de investigación de especial sensibilidad, y cuya ejecución pasa de puntillas en la DEIO, es el empleo de muestras biológicas para la obtención de ADN. En nuestra opinión, se ha desperdiciado una magnífica oportunidad para contemplar un protocolo común para la obtención de las muestras biológicas y determinar los criterios científicos-tecnológicos y de probabilidad que afectan al cotejo de este tipo de muestras.

Ante la complejidad de esta materia, probablemente el texto de la DEIO no sea el espacio normativo idóneo para el desarrollo de este tipo de cuestiones. No obstante, nada impide que ese desarrollo en detalle pueda llevarse a cabo en una norma de complemento, como es el caso de la obtención de la prueba electrónica.

DÉCIMA SÉPTIMA. No existen, en la DEIO, aspectos específicos que detallen el empleo de medios de captación y grabación de comunicaciones orales mediante dispositivos electrónicos, ni para el empleo de dispositivos técnicos de seguimiento y localización.

Esto conlleva que surjan numerosas dudas acerca de la ejecución de este tipo de medidas de investigación que, por otra parte, son muy habituales en el discurrir de cualquier. Entre éstas, destaca la legislación a la que debe atenderse para su instalación, control y gestión, que pueden y suelen llevarse a cabo desde localizaciones muy distantes. Tampoco existe una directriz explícita sobre si es necesario comunicar la existencia de este tipo de medios en un Estado de tránsito diferente al de emisión y del de recepción, en aquellos casos en los que el investigado se desplace a su territorio.

DÉCIMA OCTAVA. La DEIO explota las posibilidades actuales que ofrecen las videoconferencias por debajo de las posibilidades técnicas que brindan los medios actuales. Tendrían, en nuestra opinión, que haber extendido su uso a otros actos de investigación más allá de las comparecencias, pudiendo utilizarse, por ejemplo, en los actos conducentes al reconocimiento de la identidad, como ruedas de reconocimiento.

Consideramos, además, que la posibilidad de que la negativa del investigado frustre la posibilidad de llevar a cabo la videoconferencia supone un importante punto débil del uso de este tipo de medios.

DÉCIMA NOVENA. Aunque tanto la DEIO como la EAW contemplan la posibilidad del traslado de un detenido de un Estado a otro con la finalidad de llevar a cabo actuaciones en el marco de un proceso penal, consideramos que cuando se trate de la obtención de un elemento probatorio debería emplearse siempre una EIO, al tratarse de un acto más de investigación y dada la vocación integradora de la DEIO. No obstante, en la regulación que recibe el traslado de detenidos en la DEIO, la negativa del investigado puede frustrar la posibilidad del traslado por lo que consideramos que este motivo concreto de denegación incide negativamente en su mecanismo de ejecución.

VIGÉSIMA. Concluimos que, con la finalidad de agilizar la ejecución de las EIO y facilitar la posterior admisibilidad de los resultados obtenidos, es importante que la participación de la EJM sea preceptiva, en lugar de facultativa como lo es con la regulación actual. Su participación, lejos de suponer un filtro innecesario, ha demostrado estar en relación directa con el éxito tanto de la ejecución de la EIO como de los resultados que se obtienen. Además, debe desarrollarse una red segura de transmisión de la documentación que genera, de manera que permita una comunicación omnidireccional entre los actores intervinientes.

VIGÉSIMA PRIMERA. No consideramos justificada la exclusión de las vigilancias transfronterizas que se hace en el artículo 9 de la DEIO. La intervención de una autoridad judicial para la ejecución de este tipo de acto de investigación es, en nuestra opinión, razón más que suficiente para alejarla del ámbito policial y considerarla como una medida de investigación más que debería encontrarse contemplada por la DEIO. Si así fuera, podría regularse de manera más concreta facilitando, no sólo su ejecución, sino también el seguimiento de unos estándares comunes que facilitarían la admisibilidad de las pruebas obtenidas.

VIGÉSIMA SEGUNDA. Para el mayor éxito de una herramienta tan versátil como la EIO, es fundamental desarrollar la formación de los profesionales que están destinados a emplearla como herramienta de trabajo, tanto en el ámbito policial como en el judicial. En este campo sería muy importante la participación activa de EUROJUST y de EUROPOL.

CAPÍTULO VI. PROPUESTAS PARA CONTRIBUIR A MEJORAR LA EFICACIA DE LA COMPARTICIÓN DE LA PRUEBA TRANSFRONTERIZA EN LA UNIÓN EUROPEA

En el Capítulo I se definió el estado de la cuestión en cuanto a la compartición de pruebas transfronterizas en la EU. Desde ese punto de partida y a lo largo de los capítulos de este trabajo, se han identificado algunos de los problemas que plantean las herramientas diseñadas para la cooperación penal en materia de compartición de pruebas y que nos han llevado a plantear la hipótesis consistente en que la obtención de medios de prueba eficaces mejoraría si el desarrollo y aplicación de herramientas ágiles de compartición de medios de investigación, en el ámbito de la Unión Europea, estuviese respaldado por normas que ofrezcan unos mínimos legales facilitadores de la admisibilidad de las pruebas resultantes porque hayan sido obtenidas lícitamente a nivel transfronterizo. A través del análisis de los problemas detectados se ha obtenido una serie de recapitulaciones que han sido expuestas en el capítulo que a cada una corresponde, en función del instrumento de cooperación concreto al que se refieren o bien en el Capítulo II si se trata de aspectos que afectan de manera común y transversal a todos los existentes. En base a estas recapitulaciones, se ha podido confirmar la hipótesis planteada. Como continuación a la metodología empleada y una vez validada la hipótesis, en este Capítulo VI se alcanza el objetivo principal marcado para el conjunto del trabajo, consistente en realizar propuestas que contribuyan a mejorar la obtención de la prueba transfronteriza en la EU y a mejorar su eficacia procesal.

Las propuestas que se exponen en el Capítulo VI suponen, por tanto, la culminación de los objetivos que se establecieron en el primer capítulo y que han guiado el contenido de la totalidad del trabajo. Además, junto a las recapitulaciones definidas al final de cada capítulo, suponen nuestra principal aportación para avanzar en el estado de la cuestión relativa a la obtención de la prueba transfronteriza en la EU, desde el que partíamos. En definitiva y una vez confirmada la hipótesis a través de las conclusiones obtenidas, las propuestas descritas en este capítulo buscan contribuir a avanzar en el conocimiento de la libre circulación de pruebas en el AFSJ.

Para exponer este conjunto de propuestas, hemos aplicado el orden lógico que se ha seguido para el resto de capítulos del trabajo. En primer lugar detallaremos las propuestas que, a nuestro juicio, contribuirían a mejorar la obtención eficaz de medios de prueba y que son comunes a todos los instrumentos de cooperación que están disponibles en la actualidad. A continuación, distribuidas en apartados independientes, concretaremos las propuestas que afectan a cada una de las herramientas de cooperación analizadas siguiendo el orden en que han sido tratados, es decir, las referentes a los JIT, a la EAW y por último a la EIO.

I. JUSTIFICACIÓN DEL CAPÍTULO

Como punto de partida, en el Capítulo I de este trabajo se definió el estado de la cuestión relativo a la obtención de la prueba transnacional en el ámbito de la EU, en base al cual se identificaron una serie de problemas que dificultaban la circulación de pruebas transfronterizas en el ámbito de la EU. En el núcleo de estos problemas se encuentra la falta de una norma europea que entre a regular la admisibilidad de las pruebas transfronterizas en profundidad o que ponga el respeto a dichas normas en relación con la consideración de un proceso equitativo enunciado en el artículo 6.1 del ECoHR.

A través de la investigación que hemos llevado a cabo, hemos detectado otra serie de problemas accesorios que han sido detallados al final de cada uno de los capítulos de este trabajo en forma de recapitulaciones y que, en términos similares, inciden en la eficacia procesal de las pruebas transfronterizas en el ámbito de la EU.

La naturaleza de las conclusiones obtenidas en cada capítulo, basadas en fuentes legislativas, jurisprudenciales, doctrinales y fruto de la aplicación práctica de los instrumentos de obtención de pruebas transfronterizas, nos llevan a confirmar la hipótesis planteada que consiste en que estas disfunciones se verían superadas o, al menos atenuadas, si el desarrollo y aplicación de herramientas de compartición de pruebas en el ámbito de la Unión Europea estuviese respaldado por normas que ofrezcan unos mínimos legales facilitadores de la admisibilidad de los resultados obtenidos porque hayan sido obtenidos lícitamente a nivel transfronterizo.

Es decir, consideramos confirmado que la circulación de medios de prueba en el AFSJ mejoraría ostensiblemente si la redacción actual de estas medidas de cooperación aprobadas ofrecieran por sí mismas esos mínimos legales necesarios o, de manera adicional, fuesen complementadas con otras normas relativas al establecimiento de dichos estándares comunes a nivel europeo.

Tras confirmar esta hipótesis, se estableció el objetivo principal del trabajo, consistente en efectuar propuestas legislativas, o de otra índole, que contribuyesen a mejorar la eficacia de los instrumentos de compartición de prueba, así como proponer reformas de la normativa existente que condujesen al mismo fin.

Así, este objetivo principal, fue concretado en cuatro sub-objetivos que se han analizados en los sucesivos capítulos. El primero de ellos consiste en exponer las circunstancias comunes que afectan a la admisibilidad de la prueba en los casos transfronterizos en la EU, con independencia del instrumento de cooperación que se aplique, para estar en condiciones de identificar áreas de mejora y contribuir con reformas transversales que mejoren la eficacia procesal de los elementos probatorios obtenidos.

Los otros tres sub-objetivos restantes consisten en identificar las principales herramientas de compartición de pruebas transfronterizas, analizar en profundidad el funcionamiento de cada una de ellas y realizar propuestas que contribuyan a mejorar su funcionamiento.

La identificación de los problemas, expuestos a través de las recapitulaciones de cada capítulo, ha servido de sustento para elaborar las diferentes propuestas que se exponen en los siguientes apartados. Estas propuestas, como establece el objetivo del trabajo, buscan contribuir a una compartición más eficaz de los elementos probatorios obtenidos a través de la cooperación procesal penal en el ámbito de la EU.

Para la formulación de las propuestas mencionadas, hemos seguido el orden de exposición del resto de capítulos. Así, en primer lugar se detallarán aquellas propuestas que afectan de manera común a todos los instrumentos de cooperación y que, en buena medida, se basan en las recapitulaciones del Capítulo II, dedicado a los aspectos comunes de la admisibilidad de la prueba obtenida en el ámbito de la cooperación judicial en la EU.

El resto de propuestas de mejora guardan relación concreta con alguna de las herramientas de compartición de prueba analizadas en este trabajo. Entre ellas, las primeras que se expondrán afectan a la constitución y funcionamiento de los JIT, y se basan en las recapitulaciones del Capítulo III, en el que analizamos la obtención de la prueba transfronteriza a través de los Equipos Conjuntos de Investigación en la EU.

A continuación se describirán las propuestas que persiguen mejorar la eficacia en la obtención de medios de prueba a través de la EAW, en este aspecto tan concreto de sus posibilidades. Para su elaboración, se han tenido en cuenta las recapitulaciones obtenidas en el Capítulo IV en el que exploramos las aplicaciones de la EAW para la obtención de la prueba transfronteriza.

Como último grupo de propuestas, se determinarán aquellas que están encaminadas a mejorar el reconocimiento y la ejecución de una EIO, así como a incrementar la eficacia procesal de los resultados de su aplicación. Este elenco de propuestas se ha basado en las recapitulaciones inferidas en el Capítulo V, dedicado a analizar la obtención de la prueba transfronteriza a través de la EIO.

II. PROPUESTAS COMUNES Y TRANSVERSALES PARA MEJORAR LA ADMISIBILIDAD DE LAS PRUEBAS TRANSFRONTERIZAS EN EL ÁMBITO DE LA EU

Este apartado tiene por finalidad exponer las propuestas, de carácter legislativo o de otra índole, que deben contribuir a incrementar la eficacia procesal de las pruebas transfronterizas en la EU y que tienen un marcado carácter transversal, es decir, que influyen en mayor o menor medida en todos los instrumentos de cooperación procesal penal que están disponibles en la actualidad.

Ante lo heterogéneo de este tipo de propuestas, el apartado se ha dividido en cuatro sub-apartados, según sea la naturaleza de las iniciativas planteadas. El primero de estos sub-apartados se centra en la definición tentativa de lo que podrían constituir unos estándares procesales europeos que facilitarían la admisibilidad de las pruebas transfronterizas en el ámbito de la Unión Europea. Como se expondrá, la existencia de estos estándares comunes facilitaría la asimilación, por parte del Estado de emisión, de las pruebas obtenidas en el Estado de ejecución.

Con ello, a través de la equiparación del modo en que se protegen los derechos de los encausados en los diferentes países de la Unión empleando como referencia una definición aproximada del derecho a un proceso equitativo, se allanaría el camino hacia unos mayores niveles de admisibilidad de los resultados obtenidos en los actos de investigación que se llevan a cabo en un país diferente a aquél en el que se van a enjuiciar los hechos.

El segundo de los sub-apartados se focalizará en el papel que podría jugar el CJEU en la homologación de las pruebas obtenidas en un Estado miembro con fines a su

utilización en otro de los países de la Unión. Considerando que la ChFREU forma parte del derecho originario de la EU desde el ToL y que el principal cometido del Alto tribunal es velar por la correcta aplicación del derecho comunitario, debería ser el momento para que el CJEU tomara cartas en cuanto a asegurar el debido cumplimiento del contenido de la ChFREU, dentro del cual se incluye el derecho a un juicio equitativo.

El tercer sub-apartado consiste en exponer las propuestas que, consideramos, contribuirían a reforzar el ejercicio del derecho de defensa en la obtención de prueba transfronteriza, todo ello con la finalidad de garantizar la existencia de un proceso equitativo que redunde en la eficacia procesal de los elementos probatorios obtenidos.

Por último, el cuarto de los sub-apartados se dedicará a poner de relieve la importancia de la formación relativa al óptimo empleo de las herramientas de cooperación procesal penal entre quienes están destinados a emplearlas, aportando propuestas organizativas que optimicen este proceso formativo.

1. Estándares procesales europeos diseñados para mejorar la admisibilidad de las pruebas transfronterizas en el ámbito de la Unión Europea

Entre las conclusiones que se han repetido de manera recurrente en los capítulos de este trabajo, destaca el hecho de que la carencia de unos estándares procesales a nivel europeos que garanticen una protección homogénea de los derechos de los investigados, dificulta la eficacia procesal de los resultados obtenidos de la aplicación de los diversos instrumentos de cooperación en la obtención de pruebas transfronterizas.

Aun cuando todos los Estados miembros comparten unos mismos valores democráticos y están obligados por lo dispuesto en el ECoHR y en la ChFREU, el modo en que cada país protege esos derechos difiere en aspectos que, con frecuencia, tienen calado en las reglas procesales a aplicar, por parte de los investigadores en un proceso penal.

En el Capítulo II expusimos los problemas que plantean estas divergencias en cuanto al modo en que se protegen los derechos procesales en los diferentes Estados miembros. Al tratar de poner orden en cuanto a las normas procesales a aplicar durante la obtención de pruebas, las diferentes herramientas de cooperación optan generalmente por la aplicación la *lex loci* en respeto a la soberanía del Estado en que se materializa el acto de investigación que tiene por finalidad la obtención de la prueba solicitada.

No obstante, esta lógica elección de la legislación local se ha ido matizando en las nuevas herramientas de cooperación, con la introducción de la posibilidad de aplicar ciertos aspectos de la *lex fori*, o normativa del Estado requirente, en la ejecución de la medida solicitada.

También tuvimos oportunidad de describir alguno de los efectos concretos que se daban cuando las diferencias entre los sistemas procesales eran muy acusadas. Así, pudimos comprobar que existen países en los que la protección de los derechos de los investigados es más intensa en la fase de instrucción, siendo menos garantistas en la fase oral. Y también Estados en los que se daba la opción inversa, es decir, su sistema procesal estaba diseñado para ofrecer una protección más garantista en los estadios más avanzados del proceso. Señalamos, en el Capítulo II, las asimetrías en cuanto a protección de los derechos que se daban cuando tenían que cooperar dos Estados que presentaran sistemas procesales de los dos sistemas expuestos.

Este problema, y otros que surgen de la colisión de los sistemas procesales, aparecen precisamente por las excesivas diferencias existentes entre las normas procesales de cada uno de los Estados miembros. Nos encontramos, en cuanto a las normas a aplicar en la ejecución del acto de investigación, en un constante equilibrio entre asegurar que éste se lleve a cabo, mediante la aplicación de la *lex loci*, o en aumentar las posibilidades de admisibilidad mediante la observancia de la *lex fori* vigente en el Estado de emisión.

La casuística que puede darse dentro de este balance, previsiblemente, aumentará en un futuro próximo con la modificación de las posturas jurisprudenciales nacionales, de las que expusimos el giro del TS cuando entiende que los tribunales españoles no pueden permanecer indiferentes ante flagrantes violaciones de los derechos fundamentales de los investigados, aunque estas vulneraciones se lleven a cabo en el extranjero⁴⁵⁰.

Posturas jurisprudenciales como ésta, cada vez más frecuentes, sumadas a la posibilidad de que se pueda solicitar la ejecución de un acto de investigación en el extranjero con las propias normas procesales nacionales, nos llevan a pensar que los diferentes sistemas procesales europeos se mezclarán cada vez más dentro de una misma investigación.

Todas estas circunstancias, junto a otras ya expuestas en el Capítulo II, nos han llevado a concluir que la obtención y la eficacia procesal de las pruebas transfronterizas aumentarían si se definiesen unos estándares procesales comunes que marcasen unos mínimos en la protección de los derechos de los investigados. Estos estándares reducirían considerablemente las diferencias entre las normas procesales de los diferentes Estados, minimizando los problemas identificados. A esta misma conclusión han llegado, por otras vías, diversos autores⁴⁵¹.

Esta estandarización habría de poner el foco en el respeto a los derechos fundamentales de los investigados como medio para la armonización de las normas procesales de los diferentes Estados miembros. Se trataría así de fijar un objetivo más realista respecto a la situación utópica de que existiese un único código procesal europeo de obligado cumplimiento para los países de la EU⁴⁵².

⁴⁵⁰ Sentencia del TS de 23 de febrero, nº 471/2017.

⁴⁵¹ Entre otros, Bachmaier Winter, L., “El exhorto europeo de obtención de pruebas en el proceso penal. Estudio y perspectivas de la propuesta de Decisión Marco”, en Armenta Deu, T. (Coord.), *El derecho procesal penal en la Unión Europea. Tendencias actuales y perspectivas de futuro*, ed. Cóllex, 2006, p. 20.

⁴⁵² Vernimmen-Van Tiggelen; G. y Surano, L., *Analysis of the mutual recognition in criminal matters in the European Union*, ed. Institute for European Studies, Bruselas, 2008, p. 10-11; o Ormazábal Sánchez, G., “La formación del espacio judicial europeo en materia penal”, en Armenta Deu, T. (Coord.), *El derecho procesal penal en la Unión Europea. Tendencias actuales y perspectivas de futuro*, ed. Cóllex, 2006, p. 69.

a) El proceso equitativo como guía de la estandarización de normas procesales en la Unión Europea

La posibilidad de estandarización, a la que aludíamos con anterioridad, está prevista en el derecho originario de la EU. Así, el artículo 82.2 del TFUE, en especial su apartado a)⁴⁵³, habilita a que los legisladores europeos lleven a cabo iniciativas para facilitar el MR de las resoluciones judiciales y la cooperación, tanto policial como judicial, en asuntos penales con dimensión transfronteriza, allanando en concreto la admisibilidad mutua de pruebas entre Estados miembros.

No obstante, acometer esta labor de homogeneización no resulta una tarea fácil. En primer lugar tenemos que partir del estado de la cuestión que definimos en el Capítulo I. Como pudimos comprobar, los legisladores de la EU ya han dado importantes pasos en cuanto a la protección de los derechos que entran en juego en un proceso penal.

Así, en ese capítulo hacíamos mención a la Directiva 2010/64/EU del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales; la Directiva 2012/13/EU del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales, la Directiva 2013/48/EU del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia letrada en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad; y la

⁴⁵³ Artículo 82.2 del TFUE

En la medida en que sea necesario para facilitar el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y la cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer normas mínimas mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario. Estas normas mínimas tendrán en las diferencias entre las tradiciones y los sistemas jurídicos de los Estados miembros. Estas normas se referirán a: a) la admisibilidad mutua de pruebas entre los Estados miembros; b) los derechos de las personas durante el procedimiento penal;....”

Directiva 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos.

Entendemos que los estándares procesales que se definieran para homogeneizar la protección de los derechos de las partes habrían de tener en cuenta lo avanzado por estas Directivas e incorporarlas a las líneas básicas que se establezcan como parámetros de estandarización.

Por otra parte, para continuar con la progresión en la protección de los derechos de los encausados y aumentar así la eficacia procesal de los medios de prueba obtenidos, es necesario buscar una referencia que sirva de guía para el establecimiento de las líneas básicas de este avance.

Tras analizar la jurisprudencia del ECHR, consideramos que el derecho a un proceso equitativo, determinado en el artículo 6.1 del ECoHR y en el que el Ato Tribunal basa muchas de sus sentencias referentes a causas penales, podría constituir un concepto integrador por la evaluación del conjunto del proceso penal que conlleva. Así, a través de las sentencias analizadas⁴⁵⁴, hemos comprobado que el ECHR valora el proceso en su conjunto para determinar si se ha vulnerado el derecho a un proceso equitativo.

En esta línea, consideramos que el establecimiento de unos estándares procesales a nivel europeo debería basarse en una definición, lo más concreta posible, de lo que puede considerarse un proceso equitativo o, *sensu contrario*, cuando ha de entenderse que un proceso no ha resultado equitativo y que, por tanto, la vulneración de los derechos de los intervinientes ha impedido que se ejerza una tutela judicial efectiva.

⁴⁵⁴ Recordamos la más ilustrativa: sentencia del ECHR de 16 de febrero de 2000, n° 28901/95, caso *Schenk*.

Partiendo de este punto, dado que la ChFREU pasó a formar parte del derecho originario de la EU a través del ToL⁴⁵⁵, creemos que debería buscarse el concepto equivalente que ofrece la Carta, concretado en su artículo 47 cuando consagra el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial⁴⁵⁶. Resulta importante, en este punto, destacar la diferencia que deja clara el ToL cuando reconoce la ChFREU como derecho originario al mismo nivel que los Tratados y, sin embargo, asigna a lo dispuesto en el ECoHR el estatus de principios generales. Es decir, fundamentar los estándares que se definan en el derecho originario de la EU concretado en la ChFREU facilitará la tutela de los mismos, en mayor medida que si se fundamentaran en el ECoHR.

Por otra parte, aunque todos los Estados miembros son signatarios del ECoHR, la referencia a este Convenio no garantiza el nivel suficiente de confianza entre los países de la Unión puesto que, como pudimos comprobar, existen modos muy diversos de observar el contenido en dicho Convenio.

En consecuencia, estimamos importante que el establecimiento de estos estándares tenga su base en el derecho originario de la Unión, es decir, en lo dispuesto por la ChFREU. Y ello, entre otras razones, por el protagonismo que debería cobrar el CJEU

⁴⁵⁵ En concreto, a través del artículo 6.1 del Tratado:

“La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.

Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados.

Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones.”

⁴⁵⁶ Artículo 47 de la ChFREU, derecho a la tutela efectiva y a un juez imparcial:

Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo.

Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar.

Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia.

como garante de la aplicación del derecho comunitario, sobre el que volveremos en el siguiente apartado de este capítulo.

En definitiva, una vez analizado el concepto del derecho a un proceso equitativo a través de la jurisprudencia del ECHR, lo consideramos como un punto de partida válido para la estandarización de la protección de los derechos que entran en juego en el proceso penal, pero consideramos que se debería emplear como referencia su equivalente recogido en el artículo 47 de la ChFREU, por formar ésta parte del derecho originario de la EU.

En consecuencia, centrándonos en la ChFREU como punto de partida para esa estandarización, y en concreto en lo dispuesto en su artículo 47, debemos atender a los contenidos de la Carta que guarden relación con la protección de los derechos fundamentales que se ponen en liza durante el proceso penal y, en concreto, en la obtención de pruebas.

El artículo 47 tiene un marcado carácter generalista, como corresponde a un texto de esta naturaleza. La única mención a un aspecto concreto relacionado con el proceso penal lo encontramos en el derecho a una asistencia jurídica gratuita, para aquellos que carezcan de los recursos necesarios.

Por otra parte el artículo 51 de la Carta, referente al ámbito de aplicación, establece que lo dispuesto en la ChFREU está dirigido a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Cabe preguntarse, por tanto, hasta qué punto lo dispuesto en la Carta puede entenderse aplicable al proceso completo de obtención de la prueba transfronteriza, habida cuenta de que buena parte del mismo se lleva a cabo a través de las distintas legislaciones nacionales.

A priori no existen dudas en cuanto a si la aplicación de la FDJIT, la FDEAW o la DEIO está bajo ese paraguas de Derecho de la Unión y, por tanto, está obligada a ejecutarse según lo dispuesto por la Carta.

Sin embargo, si profundizamos en la totalidad del proceso de la obtención de los medios de prueba, podría surgir la incertidumbre acerca de si podemos considerar como derecho de la EU las reglas procesales que cada país aplica dentro de su territorio para materializar el acto de investigación solicitado a través de alguno de estos instrumentos de cooperación mencionados.

Si entendemos el proceso de obtención de la prueba en su conjunto, creemos que cuando el acto de investigación se ejecuta en aplicación de una de las herramientas de cooperación analizadas y a petición de otro Estado miembro, la consideración de derecho de la Unión debe considerarse extendida también a las reglas procesales que el país de emisión aplique para la obtención de la prueba transfronteriza. Es decir, si la obtención de la prueba transfronteriza abarca desde la emisión de la solicitud del Estado requirente a la materialización del acto de investigación en el Estado de ejecución, todo el proceso ha de entenderse sometido al ordenamiento jurídico de la EU y, en concreto, a lo dispuesto en la ChFREU.

A modo de ejemplo aplicado a la EIO, concluimos que la obtención de un medio de prueba comprende la emisión, recepción, reconocimiento y ejecución de la Orden, y que todo el proceso ha de considerarse regulado por el derecho comunitario. En definitiva, consideramos que los procesos de obtención de pruebas transfronterizas en el ámbito de la EU están sometidos a lo dispuesto en la ChFREU, con independencia de la herramienta de cooperación se que haya empleado. En definitiva, todo el proceso debe respetar el concepto de un proceso equitativo según se recoge en el artículo 47 de la ChFREU, aunque a priori parte del proceso pudiera considerarse estrictamente doméstico.

En consecuencia, los estándares que se definan en base a lo dispuesto en el artículo 47 de la ChFREU deben vincular al proceso de obtención de la prueba transfronteriza, con especial incidencia en las normas procesales que se apliquen en la ejecución del acto de investigación. Todo ello con independencia del modo de proceder de cada país en un caso puramente doméstico que, obviamente, quedaría fuera de la aplicación

directa del derecho de la EU y sometido a la legislación de cada Estado. En ese caso, en una investigación estrictamente nacional, los Estados miembros podrían aplicar otras reglas procesales que proporcionasen un nivel superior de garantías procesales a los investigados. Avalan estas posturas sentencias del CJEU, como la correspondiente al caso *Pupino*⁴⁵⁷ ya analizada en este trabajo, de cuyo texto se puede inferir que no se aceptaría una aplicación de la normativa nacional que alterase el concepto de proceso equitativo.

Resulta interesante poner esta amplia concepción del derecho comunitario con la sentencia por el caso *Melloni*⁴⁵⁸ del CJEU en la que, recordamos, el Alto Tribunal se mostraba contrario a que se negara un auxilio judicial alegando niveles nacionales de protección de los derechos de los investigados superiores a los marcados por la EU. Es decir, los estándares que proponemos habrían de ser la única referencia para la obtención de la prueba transnacional en la EU siempre que se aplicara, para su obtención, alguna norma comunitaria. Y, todo ello, sin perjuicio de que cada Estado aplique unos posibles estándares superiores para casos estrictamente nacionales, en los que no haya intervención alguna de otro Estado.

También conviene recordar, como vimos en capítulos anteriores, que la posible vulneración de derechos fundamentales ha sido empleada como motivo de denegación genérica en alguna de las herramientas de cooperación que han sido analizadas. En este sentido, resulta importante que estos derechos sean objeto de una tutela supranacional, que evite interpretaciones dispares de posibles vulneraciones de los mismos y que homogeneice el modo en que han de considerarse garantizados⁴⁵⁹.

⁴⁵⁷ Sentencia del CJEU de 11 de noviembre, C-105/2003, caso *Pupino*.

⁴⁵⁸ Sentencia del CJEU de 26 de febrero, C-399/2011, caso *Melloni*.

⁴⁵⁹ Peiteado Mariscal, P., “¿Es acertado fundar la denegación de la ejecución de una OEI en la potencial vulneración de derechos fundamentales por parte del Estado emisor?”, en González Cano, M.I. (Coord.), *Orden Europea de Investigación y Prueba Transfronteriza en la Unión Europea*, ed. Tirant, 2019, p. 714.

b) El concepto de proceso equitativo materializado en una norma de estándares procesales

Consideramos, por tanto, que el contenido del artículo 47 de la ChFREU constituye un punto de partida adecuado para el establecimiento de unos mínimos estándares procesales, a nivel europeo, que faciliten la admisibilidad de las pruebas resultantes.

No obstante, como mencionábamos con anterioridad, el contenido de dicho artículo, garante de los derechos a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, es muy generalista y carece de la definición necesaria para su aplicación directa. En consecuencia, consideramos que el concepto de un proceso equitativo que contempla la ChFREU debería ser desarrollado por una norma propia del derecho de la Unión que concretase las líneas procesales generales que han de aplicarse para considerar que la obtención de un medio de prueba no vulnera el derecho a un proceso equitativo.

Llegados a este punto, cabe preguntarse qué naturaleza habría de tener la norma que contemplase este tipo de directrices. Obviamente, debería tener carácter vinculante por lo que habría de discernirse si el formato adecuado sería un Reglamento o una Directiva.

La complejidad de la materia y el nivel de injerencia en la soberanía de los Estados afectados nos llevan a descartar que este tipo de materia pueda regularse mediante un reglamento, principalmente, porque no se trata de cuestiones que la EU debiera legislar con efecto directo en cada uno de los Estados.

Nos inclinamos, por tanto, a que los estándares procesales que definieran el proceso equitativo y que allanasen la admisibilidad de las pruebas transfronterizas adquiriesen la forma de Directiva. Y ello, porque la necesaria transposición que requeriría para entrar en eficacia ayudaría a facilitar la adopción de los cambios procesales que habrían de aplicarse a los diferentes ordenamientos nacionales.

Para aclarar las dudas en cuanto al razonamiento seguido, es el propio artículo 82.2 de la TFEU el que confirma que cualquier norma que se apruebe para facilitar el MR de las sentencias y resoluciones judiciales, así como la cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza, habrá de tener el formato de Directiva aprobada por procedimiento legislativo ordinario o codecisión.

Una vez determinado el punto de partida, establecido en el artículo 47 de la ChFREU, y el formato que habrían de adoptar esas reglas que estandaricen unas reglas de estandarización, una Directiva, debemos ofrecer una base de lo que debería contener dicha norma.

No se trata de dar un listado exhaustivo de reglas que habrían de contemplarse con la finalidad de aumentar la eficacia procesal de las pruebas transfronterizas, dado que este cometido excedería los objetivos de este trabajo. Sin embargo, el análisis llevado a cabo a lo largo de los capítulos anteriores sí nos pone en situación de aportar algunas líneas generales que debería contener esa norma que podríamos denominar como una Directiva de Estándares Procesales (En adelante, DSP por sus siglas en inglés).

Tal y como indicamos en apartados anteriores, el contenido de esta DSP debe englobar los pasos ya avanzados por la EU en materia de protección de los derechos que entran en juego en un proceso penal. Es decir, conviene acudir a lo que disponen las Directivas correspondientes al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales; al derecho a la información en los procesos penales; al derecho a la asistencia letrada en los procesos penales y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad; y la referente a la protección de datos en los procesos penales.

En primer término, referente al derecho a interpretación y a la traducción, puestos en relación con el derecho a la información en los procesos penales, nos remitimos al análisis que hacíamos en el Capítulo I de este trabajo. En términos generales, consideramos que el derecho a la traducción asegura que el afectado tendrá acceso a la información del expediente que estime necesaria, en la que puede entenderse

incluida la práctica de todos los actos de investigación llevados a cabo en búsqueda de medios de prueba.

No obstante, este aspecto debería plasmarse con toda claridad en esa futura DSP de una manera más exhaustiva, que debería establecer que las partes implicadas en el proceso han de tener acceso a toda la información que estimen necesario para ejercer sus derechos, sin que quede a criterio de la autoridad judicial la conveniencia o no de acceder a lo solicitado, así como a la traducción de dicha información a una lengua que le sea comprensible. Consideramos, en este sentido, que debería eliminarse la distinción de “documento esencial” y extender la obligatoriedad de traducción a la totalidad del proceso.

En segundo lugar, basado en el contenido de la Directiva relativa al derecho a la información en los procesos penales, la futura DSP debería contener el derecho de las personas investigadas a recibir información sobre sus derechos procesales penales y sobre las causas por las que está siendo objeto de investigación.

Los derechos procesales que deberán ofrecerse a los investigados serán, al menos, los siguientes:

- a. Acceso a un abogado que, en nuestra opinión, debería ser gratuita en todo caso.
- b. Derecho a ser informado puntualmente de las actuaciones que se están llevando a cabo sobre el investigado así como de cualquier cambio sustancial que se produzca en la causa que se inicia en su contra.
- c. Derecho a la interpretación y traducción, tal y como exponíamos con anterioridad.
- d. Derecho a permanecer en silencio.

En tercer lugar y también objeto de regulación en normas europeas ya aprobadas, la DSP deberá garantizar la asistencia letrada para asegurar la efectividad del acceso a la justicia. Aunque el artículo 47 de la ChFREU es taxativo cuando determina que esta

asistencia sólo será gratuita para quienes no dispongan de recursos, en aras de aumentar las garantías procesales y en consecuencia la eficacia procesal de los resultados obtenidos, consideramos que esa gratuidad debería extenderse a todos aquellos que deban ejercer su defensa, sin entrar en valoraciones respecto a sus posibilidades económicas. Se eliminarían así, las conflictivas valoraciones de hasta qué punto puede considerarse que el investigado carece de medios, en las que el ECHR ha tratado de poner orden⁴⁶⁰.

Si nos centramos en la obtención de medios de prueba puesta en relación con la asistencia letrada, estimamos que en todo caso debiera ser obligada la presencia de un abogado cuando se practiquen actos de investigación en los que intervenga directamente el encausado. De este modo, se contribuiría a fortalecer la protección de los derechos del investigado, incrementando las posibilidades de admisibilidad de los resultados del acto de obtención de prueba en el Estado de emisión. Esta medida iría en consonancia con lo dispuesto en el artículo 48 de la ChFREU, cuando establece que ha de garantizarse a todo acusado el respeto de los derechos de la defensa.

Consideramos, además, que el derecho a la asistencia letrada debería ser irrenunciable, a diferencia de lo que establece al respecto la Directiva 2013/48, de 22 de octubre. Y ello porque, en un panorama tan diverso como el que presentan los sistemas procesales de los Estados miembros, la obligada asistencia de un abogado a los actos fundamentales del proceso, y en particular en aquellos conducentes a la obtención de pruebas, contribuiría a aumentar la confianza mutua de los participantes y las posibilidades de admisibilidad de los medios de prueba obtenidos.

Nos avalan en esta postura, a modo de ejemplo, las sentencias del ECHR⁴⁶¹ en las que el Alto Tribunal manifiesta que el derecho a un proceso equitativo queda irrevocablemente lesionado si la condena se fundamenta en declaraciones realizadas por el investigado en sede policial sin la presencia de un abogado. En este sentido, si los estándares que pretendemos definir no obligan a la presencia de un letrado

⁴⁶⁰ Sentencia del ECHR de 25 de abril de 1983, n° 8398/78, caso *Pakelli*.

⁴⁶¹ La más ilustrativa: sentencia del ECHR de 27 de noviembre de 2008, n° 36391/02, caso *Salduz*.

durante la toma de manifestación, en aquel Estado donde este derecho sea renunciable podría darse la situación de exportar una prueba transfronteriza que ponga en riesgo la existencia de un proceso equitativo.

Por último, en lo que a la asistencia letrada se refiere, la DSP debería garantizar la comunicación confidencial y frecuente entre el abogado y su defendido. Así lo ha ido perfilando el ECHR a través de su jurisprudencia cuando establece que “el derecho, para el acusado, de comunicar con su abogado sin ser oído por terceras personas figura entre las exigencias elementales del proceso equitativo en una sociedad democrática y deriva del artículo 6.3 c) del Convenio”⁴⁶².

La cuarta de las Directivas mencionadas, la Directiva 2016/680 de 27 de abril, está encaminada a la protección de los datos de carácter personal de los investigados en un proceso penal. En términos generales, el tratamiento leal en materia de protección de datos es un concepto distinto al derecho a un proceso equitativo, tal y como aclara el considerando 26 de la propia Directiva 2016/680.

No obstante, aunque no pueda establecerse esa relación de la custodia de los datos de carácter personal con la generalidad de la protección del derecho a un proceso equitativo en la obtención de prueba, en el apartado quinto de este capítulo evaluaremos su influencia en la obtención de pruebas de ADN a través de la EIO.

Hasta este punto, hemos expuesto los avances que el legislador europeo ya ha realizado en la estandarización de ciertos derechos procesales y, de manera indirecta, en unas normas básicas que faciliten la admisibilidad de los medios de prueba transfronterizos. En base a estos avances, y con ciertos matices, hemos alimentado el contenido de lo que sería la futura DSP.

Continuaremos con nuestra aportación con otros aspectos que hemos podido concluir del análisis de los problemas identificados en este trabajo. Dado que esta DSP tendría como referencia el derecho a un proceso equitativo consagrado en el artículo

⁴⁶² Sentencia del ECHR de 13 de junio de 2019, nº77633/16, caso *Marcello Viola*.

6.1 del ECoHR y reproducido más tarde por el artículo 47 de la ChFREU, consideramos necesario acudir a las posturas jurisprudenciales del ECHR que han ido definiendo aquellas circunstancias en las que se entiende que se ha vulnerado el derecho a un proceso equitativo.

Esta analogía entre la protección de un derecho consagrado en el ECoHR, tutelada por el ECHR, con la de los contemplados en la ChFREU está avalada por los considerandos de varias normas europeas⁴⁶³ en las que se establece que el nivel de protección de los derechos materializado por la normativa de la EU nunca debe ser inferior al de las normas contempladas en el ECoHR, tal y como se interpretan en la jurisprudencia del ECHR.

En definitiva, la interpretación que hace el ECHR sobre el proceso equitativo, aun siendo en base al artículo 6 del ECoHR y siendo el Alto Tribunal un órgano ajeno a la estructura institucional de la EU, puede y debería guiar la definición de este concepto en una futura e hipotética DSP, que emanara del Consejo y del Parlamento Europeo.

Una vez aclarado el hecho de que la jurisprudencia del ECHR, órgano ajeno a la Unión, supone una guía válida para la concreción del concepto de proceso equitativo en la EU, resumiremos el análisis que realizamos en el Capítulo II del trabajo de los dictámenes emitidos al respecto por el Alto Tribunal.

La apreciación del ECHR respecto a la trascendencia que tiene la vulneración de un derecho en la quiebra del proceso equitativo podría clasificarse en dos grandes líneas jurisprudenciales.

Por un lado estaría la línea de aquellos derechos cuya vulneración supondría la no validez inmediata de la prueba y que automáticamente, además, suponen una quiebra del principio del proceso equitativo sin que sean necesarias interpretaciones ulteriores. Este primer grupo lo compondrían el derecho a no auto-incriminarse y la

⁴⁶³ Valga como ejemplo el considerando 40 de la Directiva 2012/13/EU del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales.

prohibición de la tortura. La apreciación de un determinado elemento probatorio que ha sido obtenido incurriendo en la violación de uno de estos derechos supone, para el ECHR, que la prueba debe ser excluida del proceso de manera inmediata. Además, y más allá de la exclusión de la prueba ilícita, la vulneración de alguno de estos derechos supondría, para el Alto Tribunal Europeo, una violación del derecho a un proceso equitativo consagrado en el artículo 6 del ECoHR.

Por otra parte, la segunda línea la compone el resto de derechos cuya vulneración no supone la inadmisibilidad *per se* del medio de prueba sino que, atendiendo a las sentencias del ECHR, la vulneración que se haya producido en la obtención ha de entrar en confrontación con otros aspectos que pongan de manifiesto si dicha violación ha quebrantado o no el derecho a un proceso equitativo. En cualquier caso, como regla general, el Tribunal deja a los ordenamientos nacionales la potestad de la apreciación final de la prueba obtenida ilícitamente. En los casos en los que entra a valorar el procedimiento seguido en los actos de investigación, el ECHR aprecia el equilibrio de conjunto en todo el proceso, para determinar si se ha llevado a cabo de manera equitativa o no.

En definitiva, la jurisprudencia del ECHR deja claro que no hay proceso equitativo si existe una vulneración del derecho a no auto-inculparse o si se ha ejercido la tortura para la obtención de alguno de los elementos probatorios y, por otra parte, para determinar si la quiebra de algún otro de los derechos que entran en juego en el proceso quiebran la equidad del proceso, hay que poner dicha vulneración en relación con el conjunto de la investigación.

Con el fin de aportar mayor concreción al contenido que tendría esa hipotética DSP, profundizaremos en la interpretación que hace el ECHR del concepto de proceso equitativo, a través de la jurisprudencia emitida.

En primer lugar, referente a la vulneración del proceso equitativo por la aplicación de torturas o trato inhumano a los investigados, el ECHR ha manifestado en reiterada jurisprudencia que la protección de este derecho no prevé limitaciones, en contraste

con la mayoría de las cláusulas normativas del Convenio, y según el artículo 15.2 no está sujeto a ninguna excepción, ni siquiera en caso de peligro público⁴⁶⁴.

Para tratar de interpretar el criterio del ECHR de una manera extensiva y definir en mayor profundidad el contorno del proceso equitativo, resulta importante determinar qué convierte a este derecho en un tipo cualificado que hace que su vulneración quiebre la equidad del proceso sin interpretaciones ulteriores. Los fundamentos de las sentencias del ECHR que determinan la inviolabilidad de lo dispuesto en el artículo 3 del ECoHR, hacen alusión a la pertenencia de este tipo de derecho al núcleo del Convenio.

Debemos concluir, por tanto, que la violación del resto de derechos pertenecientes a ese núcleo debería tener un alcance similar y también que la vulneración de los mismos supondría la quiebra automática del derecho a un proceso equitativo. Aunque no existe referencia expresa a los derechos que pertenecen al núcleo del Convenio, inferimos que la clave para identificarlos está en el artículo 15.2 del ECoHR⁴⁶⁵.

En dicho artículo se identifican una serie de derechos cuya protección no admite excepciones. En concreto, se trata del derecho a la vida (para el que únicamente se prevé la salvedad de los actos lícitos de guerra), la ya mencionada prohibición de la tortura, la prohibición de la esclavitud o servidumbre y la prohibición de la imposición de una condena sin ley.

Como puede comprobarse, a excepción de la prohibición de tortura o trato inhumano, el resto de preceptos que componen ese núcleo no guarda una relación directa con una investigación penal y aun menos con la obtención de un medio de prueba. En consecuencia, el conjunto de derechos que componen el núcleo no supone una base sobre la que podamos avanzar más en la configuración del proceso equitativo que pretendemos definir con la DSP.

⁴⁶⁴ Entre otras, sentencia del ECHR del 3 de junio de 2010, nº 22978/05, caso *Gäfgen*.

⁴⁶⁵ 2. La disposición precedente no autoriza ninguna derogación del artículo 2, salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra, ni de los artículos 3, 4 (párrafo 1) y 7.

El otro aspecto que, a tenor de la jurisprudencia del ECHR, resulta definitivo a la hora de valorar la violación del proceso equitativo es la posible vulneración del derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo. Aunque no aparece de manera expresa en el artículo 6, ni en el resto del ECoHR, el Alto Tribunal ha considerado en numerosas sentencias⁴⁶⁶ que la quiebra de este derecho rompe la equidad del proceso.

Consideramos, en consecuencia, que el derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo debería ser comunicado al afectado, de manera inexcusable e inequívoca, en el momento de practicar cualquier prueba que requiera su intervención y que así debería recogerlo la DSP. Este derecho fue incorporado parcialmente en el artículo 3 de la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo, que recogía el derecho a permanecer en silencio. Consideramos que la posibilidad de no auto-inculparse supone un añadido de calado puesto que, indirectamente, permite al investigado mentir en su declaración o contar sólo aquellos aspectos de los hechos que puedan contribuir a su defensa.

En consecuencia, consideramos que la DSP debería incorporar este derecho en su formato completo, tal y como lo trata la jurisprudencia del ECHR, contemplando la posibilidad de permanecer en silencio y de no auto-incriminarse. De este modo, aumentarían las posibilidades de admisibilidad de la prueba transfronteriza y, por tanto, su eficacia procesal.

Dejando al margen esta primera línea jurisprudencial del ECHR relativa a aquellos derechos cuya violación suponía la quiebra automática de la equidad del proceso, abordaremos el análisis de la segunda línea expuesta, aquella en la que se realiza una valoración del conjunto del proceso para determinar si la violación de un derecho concreto desvirtúa la equidad del proceso.

⁴⁶⁶ Entre otras, sentencia del ECHR de 29 de junio de 2007, n° 25624/02, caso *O'Halloran y Francis*; o sentencia del ECHR de 25 de febrero de 1993, n° 12661/87, caso *Funke*.

A través del análisis de las numerosas sentencias relacionadas, hemos detectado que cuando el Alto Tribunal analiza el equilibrio del conjunto del proceso, en su argumentación supone un elemento decisivo si durante la investigación se ha respetado o no el derecho de defensa de los encausados.

Podemos concluir que, dada la estrecha relación entre ambos conceptos, el análisis de los elementos que componen el derecho de defensa puede ayudarnos a concretar las líneas que definan el proceso equitativo a los efectos de los parámetros procesales que se definan en la DSP.

Como punto de partida, las seis líneas generales que han de cimentar el derecho de defensa están esbozadas en el artículo 6.3, en forma de garantías para el investigado:

- a. A ser informado en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y de manera detallada, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él.
- b. A disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa.
- c. A defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si carece de medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia así lo exijan.
- d. A interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra;
- e. A ser asistido gratuitamente de un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia.

Como podemos comprobar, todos estos preceptos han sido recogidos por las cuatro Directivas que se mencionaron al comienzo del apartado y que consideramos que también debieran figurar en la DPS con el fin de aumentar la eficacia procesal de las pruebas transfronterizas obtenidas a través de los diferentes instrumentos de cooperación.

No obstante, la jurisprudencia del ECHR ha ido matizando esas seis líneas generales que marca el artículo 6.3 para el derecho a una defensa efectiva. Ciñéndonos únicamente a aquellas circunstancias que atañen a la obtención de pruebas, las sentencias relativas al derecho a la información sobre la naturaleza y la causa de la acusación han dejado aspectos de interés que deberían tener su reflejo en la DSP.

El primero de estos aspectos hace referencia a la necesidad de concreción de la información que recibe el investigado acerca de la acusación que recae sobre él. En este sentido, el Alto Tribunal establece que esa información debe ser concreta y precisa, incluyendo una calificación jurídica provisional⁴⁶⁷ de la conducta por la que se le investiga. Además, la información facilitada debe comprender, no sólo la causa de la acusación, sino también los hechos materiales que la han motivado⁴⁶⁸.

El ECHR también establece que es precisa la confirmación de la recepción de toda información relevante por parte del acusado⁴⁶⁹, así como que el investigado debe recibir notificación referente a cualquier cambio que se produzca en los fundamentos de la imputación⁴⁷⁰, este último aspecto ha sido recogido por la Directiva 2012/13/EU, de 22 de mayo, en su artículo 6.4.

Por otro lado, en referencia al idioma de la comunicación, el ECHR determina que no es suficiente con un conocimiento superficial del idioma por parte del investigado, en cuyo caso sería necesario recurrir a los servicios de un intérprete para no colocarlo en un plano de indefensión⁴⁷¹.

Estos matices, aportados por el Alto Tribunal, deberían contemplarse en esa hipotética DPS, de manera que concretasen todo cuanto fuera posible la definición del derecho de defensa, con las consecuencias que éste provoca en la consideración de un

⁴⁶⁷ Sentencia del ECHR de 25 de marzo de 1999, nº 25444/94, caso *Pélissier y Sassi*.

⁴⁶⁸ Sentencia del ECHR de 25 de julio de 2000, nº 23969/94, caso *Mattoccia*.

⁴⁶⁹ Sentencia del ECHR de 11 de mayo de 1988, nº 10889/84, caso *C*.

⁴⁷⁰ Sentencia del ECHR de 25 de julio de 2000, nº 23969/94, caso *Mattoccia*.

⁴⁷¹ Sentencia del ECHR de 19 de diciembre de 1989, nº 9783/82, caso *Kamasinski*.

proceso equitativo y, en última instancia, en la eficacia procesal de las pruebas transfronterizas obtenidas.

Una vez pormenorizado el contenido del ECoHR y de la ChFREU, expuesta la normativa europea relacionada y materializada principalmente en las cuatro Directivas mencionadas, y analizada la jurisprudencia del ECHR acerca de la vulneración del derecho a un proceso equitativo, expondremos posturas doctrinales de la estandarización de normas procesales que, consideramos, podrían contribuir a la construcción de la DSP.

Son varios los autores que consideran que la homogeneización de las normas procesales en el seno de la EU pasa por una protección eficaz y uniforme de los derechos de naturaleza procesal que entran en juego en una investigación penal⁴⁷².

En este sentido, para finalizar con las líneas generales que debería contener la DSP, nos parece interesante la reflexión de algunos autores que consideramos de plena aplicación a la construcción de unos estándares procesales europeos que incrementen la eficacia procesal de los medios de prueba obtenidos. Aunque no parten de la definición de un proceso equitativo que hemos empleado en nuestra argumentación y algunos estén enfocados a las condiciones de admisibilidad que debería imponer nuestro país, no desde un enfoque europeo, concluimos que contemplar las siguientes previsiones en la DSP contribuiría a alcanzar su finalidad⁴⁷³:

- Jurisdiccionalidad de las medidas restrictivas de derechos fundamentales. Debe entenderse como la intervención de la autoridad judicial en la emisión de la petición de la medida solicitada, sin que sea plenamente necesaria la ratificación por otro juez en el país de ejecución del acto de investigación. En todo caso,

⁴⁷² Entre otros, Borges Blázquez, R., “El proceso legislativo ordinario para la creación de un proceso penal europeo, ¿Existe confianza mutua entre los Estados?”, en González Cano, M.I. (Coord.), *Orden Europea de Investigación y Prueba Transfronteriza en la Unión Europea*, ed. Tirant, 2019, p.292.

⁴⁷³ Gascón Inchausti, F., “La eficacia de las pruebas penales obtenidas en el extranjero al amparo del régimen convencional: apogeo y declive del principio de no indagación”, en González Cano, M.I. (Coord.), *Orden Europea de Investigación y Prueba Transfronteriza en la Unión Europea*, ed. Tirant, 2019, p. 61.

podría contemplarse que dicha autoridad de ejecución llevase a cabo los controles periódicos que establezca la legislación de ese país.

- Derecho de defensa y de la asistencia de abogado en los actos en los que intervenga el investigado. Contemplando la posibilidad de la asistencia gratuita cuando el investigado así lo requiera.
- Autenticidad y cadena de custodia. Para garantizar la autenticidad de las actuaciones llevadas a cabo, será necesaria la presencia de fedatarios durante la práctica de los actos de investigación que tengan por finalidad de obtención de pruebas. Además cuando las pruebas consistan la obtención de objetos o documentos, resulta esencial que pueda acreditarse la cadena de custodia.

c) Los efectos armonizadores de una hipotética DSP

Una vez expuestas las líneas generales que podrían configurar el contenido de la DSP, procederemos a vislumbrar en qué modo lo dispuesto en esta norma podría contribuir a armonizar las normas procesales penales de los diferentes Estados miembros.

En primer lugar, debemos concretar el efecto directo que podría tener la DSP en los diferentes ordenamientos de los países de la Unión. La eficacia directa ha sido una construcción jurisprudencial del CJEU y que se inició con la sentencia *Gend & Loos*⁴⁷⁴. En resumen, dicha sentencia reconoce que las normas de la EU producen derechos individuales que los órganos jurisprudenciales nacionales deben salvaguardar y que la existencia de la cuestión prejudicial favorable, tema sobre el que volveremos en el siguiente apartado, implica la presunción general de que la norma comunitaria se aplica directamente por los jueces nacionales al resolver un litigio interno⁴⁷⁵.

⁴⁷⁴ Sentencia del CJEU de 26 de febrero de 1963, nº EU:C:1963:1.

⁴⁷⁵ López Escudero, M., “El Juez nacional como juez de la Unión y la aplicación del derecho de la UE en los Derechos Internos”, en Signes de Mesa, J.I. (Coord) *Derecho Procesal Europeo*, ed. Iustel, 2019, p. 85.

Este principio general se ha ido concretando hasta llegar a dos criterios básicos que han de definir la eficacia directa de una disposición. El primero de estos criterios consiste en la claridad y precisión de la norma, que confiere un derecho concreto al particular. El segundo criterio se basa en la ausencia de márgenes de apreciación discrecional⁴⁷⁶.

En el caso que nos ocupa, relativo a la DSP, el efecto directo de las directivas es excepcional y sólo se producirá cuando no se transpongan al ordenamiento nacional en el plazo que se fije. La transposición de la DSP, necesariamente, obligaría a la modificación de las normas procesales internas de muchos de los Estados miembros, lo que contribuiría a armonizar el modo en que se protegen los derechos procesales en los diferentes países de la Unión.

Esta armonización tendría cierto margen de discrecionalidad, puesto que el Estado tiene libertad de elección de la forma y de los medios para conseguir los objetivos marcados por la directiva, conforme al denominado principio de la autonomía institucional y procesal⁴⁷⁷. No obstante, a pesar de este margen, parece evidente que la DPS conseguiría una estandarización de las líneas generales en la protección de los derechos procesales en los países miembros, lo que facilitaría la admisibilidad de las pruebas transfronterizas.

A este fin de estandarización contribuiría también el principio de primacía⁴⁷⁸, según el cual el conflicto entre la norma europea y la nacional, ha de ser resuelto con la inaplicación de la norma nacional a favor de la europea. Cuestión ésta que dejaría sin efecto cualquier norma procesal que contradijese lo dispuesto en la DSP.

Por último, este efecto armonizador se potenciaría también gracias al principio de interpretación conforme, según el cual, los órganos jurisdiccionales nacionales, tomando en consideración la totalidad de su derecho interno y aplicando los métodos

⁴⁷⁶ López Escudero, M., “El Juez nacional...”, *op. cit.*, p.86.

⁴⁷⁷ López Escudero, M., “El Juez nacional...”, *op. cit.*, p. 88.

⁴⁷⁸ Reconocido por primera vez en la sentencia del CJEU de 10 de abril de 1984, nº 14/83 EU:C:1984:153, caso *von Colson y Kamann*.

de interpretación reconocidas por éste, deben ejercer toda su competencia para garantizar la eficacia de la norma europea y alcanzar los objetivos que marque ésta⁴⁷⁹, en nuestro caso, la DSP.

2. Nuevas aportaciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para mejorar la eficacia procesal de la prueba transfronteriza.

Partiendo de la base, reiterada a lo largo de este trabajo, de que la eficacia procesal de las pruebas transfronterizas va aparejada a una protección eficaz de los derechos de las partes implicadas en el proceso, para comenzar este apartado resumiremos la protección jurisdiccional que les confiere el sistema actual, tal y como lo expusimos en el Capítulo II.

Una vez que hayamos expuesto el sistema actual que está vigente en el entorno europeo para la protección jurisdiccional de los derechos del investigado, trataremos de proponer los cambios en la organización del CJEU que, desde nuestra perspectiva, conducirían a una mayor eficacia en la tutela de estos derechos y que contribuirían a incrementar la eficacia procesal de los medios de prueba transfronterizos.

Para comenzar a resumir la situación actual, en primer lugar y siguiendo un orden cronológico, deberíamos mencionar la tutela del ECHR como garante del respeto a los derechos recogidos en el ECoHR. Se trata de una jurisdicción externa a la EU cuyo ámbito material de enjuiciamiento está referido al único y limitado texto referido. Una de las consecuencias de este carácter externo de su jurisdicción es la escasa posibilidad de tomar medidas cautelares que se da únicamente cuando existe un riesgo real de daños serios e irreversibles⁴⁸⁰.

A lo largo de los capítulos de este trabajo se ha reiterado la referencia a sentencias del ECHR que han tenido transferencia a los efectos de la prueba transfronteriza y su

⁴⁷⁹ López Escudero, M., “El Juez nacional...”, *op. cit.*, p. 91.

⁴⁸⁰ De Palacio del Valle de Lersundi, U.; De Palacio del Valle de Lersundi, J.M., “El Tribunal Europeo de derechos Humanos (I). El sistema de protección de los derechos humanos del Consejo de Europa”, en Signes de Mesa, J.I. (Coord.), *Derecho Procesal Europeo*, ed. Iustel, 2019, p. 596.

eficacia procesal. No obstante, en cuanto a su ámbito de aplicación, el Alto Tribunal circunscribe su aplicación a un elenco limitado de los derechos contemplados en el ECoHR. En concreto, a los referidos al derecho a la vida y a la prevención de tratos inhumanos (arts. 2 y 3), a un proceso equitativo (art. 6) y, en menor medida a la vida privada familiar (art. 8)⁴⁸¹. De éstos, como hemos tenido la oportunidad de analizar, son los concernientes al artículo 3 y 6 los que tienen mayor repercusión en la admisibilidad de las pruebas obtenidas.

En cuanto a las posibilidades de un investigado de requerir el amparo del ECHR cuando considere que se han quebrantado alguno de los derechos y libertades contemplados por el ECoHR, los únicos requisitos que han de cumplir para tal requerimiento consisten en ostentar la condición de víctima⁴⁸² y en haber agotado las vías internas nacionales de recurso.

Se trata, por tanto, de una solicitud que un investigado puede promover de manera individual cuando considere que durante el proceso se ha vulnerado alguno de los derechos que entran en juego en el mismo.

Dejando al margen esta sucinta exposición de la implicación del ECHR en la admisibilidad de las pruebas transfronterizas, nos detendremos en la protección que lleva a cabo el CJEU de los derechos intervinientes en la obtención de elementos probatorios entre Estados de la Unión.

En el Capítulo II tuvimos la oportunidad de exponer la composición y funciones del CJUE. En líneas generales, recordamos, el Alto tribunal de la EU está compuesto por el Tribunal de Justicia (JC) y el Tribunal General (GC), además de la posibilidad de crear tribunales especializados inexistentes a día de hoy⁴⁸³.

⁴⁸¹ De Palacio del Valle de Lersundi, U.; De Palacio del Valle de Lersundi, J.M., “El Tribunal Europeo...”, *op. cit.*, p. 596.

⁴⁸² La definición de víctima, a los efectos del ECHR, se ha ido perfilando en base a la propia jurisprudencia del Alto Tribunal. En líneas generales, la víctima debe tener un nexo suficientemente directo con el perjuicio causado, de modo que le afecte de manera directa, sin que valgan meras conjeturas o sospechas.

⁴⁸³ Como tribunal especializado, sólo llegó a existir el Tribunal de Función Pública de la Unión Europea, creado por la Decisión 2004/752/CE, Euratom del Consejo, de 2 de noviembre de 2004.

En líneas generales, las funciones del CJEU consisten en controlar la legalidad de los diferentes actos adoptados por las instituciones y organismos de la EU en el ejercicio de sus competencias. Además el CJEU da respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas por los jueces nacionales de los Estados miembros, acerca de la interpretación o validez de la normativa europea.

A diferencia de lo que ocurría en el ECHR, en el caso del CJEU sí nos encontramos con ante un órgano de jurisdicción interna, con plenos efectos en el Derecho nacional de los Estados miembros con relación de primacía y con aplicabilidad inmediata de ineficacia ante cualquier norma nacional contraria al Derecho de la Unión⁴⁸⁴.

Para cumplir con estas funciones, el CJEU reparte sus competencias entre los dos tribunales principales que lo componen. En este sentido, el JC entiende de las cuestiones prejudiciales, del recurso por incumplimiento, de los recursos de anulación y por omisión, del recurso de casación, reexamen y recursos especiales, y del control previo de los acuerdos internacionales.

Centrándonos en aquellas competencias que pueden tener relación con la obtención de pruebas transfronterizas, la principal actividad que lleva a cabo el JC es la resolución de cuestiones prejudiciales, acerca de la interpretación y validez de las normas europeas que son de aplicación en el proceso penal.

A través de las cuestiones prejudiciales, los tribunales nacionales pueden solicitar al JC que se pronuncie acerca de la interpretación de los Tratados o sobre la validez y correcta definición de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión.

Entendía de los litigios entre la EU y sus funcionarios. Dejó de existir el 1 de septiembre de 2016, ante el bajo número de casos que se les presentaba.

⁴⁸⁴ De Palacio del Valle de Lersundi, U.; De Palacio del Valle de Lersundi, J.M., “El Tribunal Europeo...”, *op. cit.*, p. 619.

En el caso que nos ocupa, un tribunal nacional de algún Estado miembro puede plantear al JC cuestiones prejudiciales en cuanto a la interpretación o adecuación de la aplicación del derecho originario o derivado de la EU. En el ámbito concreto de la obtención de pruebas, las cuestiones prejudiciales versan sobre la interpretación del contenido de la ChFREU, como derecho originario, y de las directivas y FM relativas a la obtención de medios de prueba y de garantías de derechos procesales, todas ellas analizadas en este trabajo.

A modo de ejemplo, un tribunal nacional puede plantear ante el JC una cuestión prejudicial si se le plantean dudas sobre si se vulnera el derecho a la información en los procesos penales, contenido en la Directiva 2012/13/EU del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, para el caso de un detenido extranjero que conoce sólo superficialmente el idioma en el que se lleva a cabo el proceso, cuando no se ha aplicado correctamente el contenido de la Directiva 2010/64/EU del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales.

No obstante, es importante resaltar que la iniciativa de plantear una cuestión prejudicial corresponde al tribunal nacional y no al investigado que haya podido ser objeto de la vulneración de alguno de los derechos reconocidos por el derecho de la EU. En este sentido, la iniciativa del tribunal nacional para plantear una cuestión prejudicial ante el CJEU es independiente a la postura de las partes intervinientes en el proceso y no requiere que ninguno de los implicados solicite la interposición de dicha cuestión⁴⁸⁵.

Como exponíamos con anterioridad, además del JC, el CJEU también engloba al GC y, además, el artículo 19.1 del TEU contempla la posibilidad de crear tribunales especializados. El artículo 256.3 del TFEU reconoce la competencia al GC para

⁴⁸⁵ Sentencia del CJEU de 16 de junio de 1981, nº C-126/80, caso *Salonia*.

pronunciarse sobre cuestiones prejudiciales en aquellas materias específicamente tratadas por el estatuto CJEU, aunque esta posibilidad nunca ha sido desarrollada⁴⁸⁶.

En cuanto a los tribunales especializados, como se expuso con anterioridad, no existen en la actualidad y el único precedente se instauró para tratar una materia que no guardaba relación alguna con la obtención de prueba transfronteriza.

Una vez resumida la protección supranacional que actualmente ampara a los derechos implicados en el proceso de obtención de prueba transfronteriza, trataremos de configurar como podría mejorar este sistema junto a la inclusión de la DSP que proponemos.

A priori, el papel del ECHR no cambiaría puesto que la función de este Tribunal, como se describía con anterioridad, es garantizar el respeto a los derechos contemplados en el ECoHR. Dado que la DSP formaría parte del derecho derivado de la EU, en nada afectaría a los bienes jurídicos que ha de proteger el ECHR.

No obstante, debemos detenernos en el rol que adoptaría el CJEU, así como en los posibles cambios que podrían fortalecer la protección de los derechos de los investigados que entran en juego en el proceso penal e incrementar, de este modo, la eficacia procesal de los elementos probatorios transfronterizos que se hayan obtenido en dicha investigación.

Como en el caso de cualquier norma de derecho derivado de la EU, la DPS podría dar lugar al planteamiento de cuestiones prejudiciales al JC por parte de las autoridades judiciales de los diferentes Estados miembros. Como el contenido de esta hipotética Directiva abarcaría un elenco más extenso y detallado de derechos intervinientes en el proceso penal respecto a los que contempla el árbol normativo actual, resultaría lógico que el número de las cuestiones planteadas fuese superior en número a las que se plantean actualmente en el ámbito del AFSJ.

⁴⁸⁶ Signes de Mesa, J. I., “Los Tribunales de justicia de la Unión Europea. El tribunal de Justicia y el Tribunal General”, en Signes de Mesa, J.I. (Coord) *Derecho Procesal Europeo*, ed. Iustel, 2019, p. 61.

Esta tendencia al alza del número de cuestiones prejudiciales estaría reforzada por la tónica general que ya se da actualmente en este ámbito. En este sentido, y sin que se haya producido novedad normativa alguna al respecto, el CJEU ya sufre un incremento en la cantidad de cuestiones prejudiciales que recibe, en crecimiento constante en los últimos años.

Así, sólo entre 2018 y 2017 se produjo un incremento del 10% en el número de cuestiones prejudiciales planteadas, incremento que mantiene esta tónica en términos similares desde 2011⁴⁸⁷.

Nos encontramos, por tanto, con un escenario en el que los tribunales nacionales cada vez presentan más cuestiones prejudiciales al JC. A esta circunstancia habría que añadir el aumento de consultas que, consideramos, se produciría en caso de aprobarse la DSP que proponemos en el apartado anterior.

Todo ello podría conducir a un colapso en la actividad del CJEU, con mayor incidencia en la carga de trabajo del JC. Ante esta posibilidad, consideramos que habrían de buscarse alternativas y propuestas que asegurasen que el CJEU mantuviese unos niveles adecuados de agilidad en la respuesta, de manera que redundasen en una protección eficaz de las garantías procesales de los investigados y que contribuyesen a respetar el derecho a un proceso equitativo a conforme a lo previsto en el artículo 47 de la ChFREU y en el artículo 6 del ECoHR.

Durante 2018 el JC resolvió 568 cuestiones prejudiciales, de las cuales 80 pertenecían al ámbito del AFSJ. La siguiente área temática en la que más cuestiones se plantearon fue la de fiscalidad, con 69. También llama la atención otros ámbitos como la aproximación de legislaciones o la protección de los consumidores⁴⁸⁸. Puede comprobarse que los temas sobre los que se plantean cuestiones prejudiciales

⁴⁸⁷ Tribunal de Justicia de La Unión Europea, *Informe anual 2018. Actividad Judicial*, 2018, p.136, puede consultarse en:

https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2019-08/ra_2018_es_cover_web.pdf

⁴⁸⁸ Tribunal de Justicia de La Unión Europea, *Informe anual 2018...*, *op. cit.*, p.132.

pertenecen a una temática muy diversa y que la afectación de los derechos fundamentales que se dan en cada una de ellas es variable.

Por otra parte, como exponíamos con anterioridad, el GC también está habilitado para resolver cuestiones prejudiciales, aunque esta capacidad no ha sido desarrollada a día de hoy. Consideramos que para asegurar la eficacia del CJEU en la protección de los derechos intervinientes en el proceso penal, habría de habilitarse esta posibilidad que contempla el artículo 256 del TFEU.

De este modo podría aligerarse la carga de trabajo del JC y evitar un eventual colapso por exceso de actividad en el CJEU. Si el GC entendiese también de la resolución de cuestiones prejudiciales, podría aplicarse un reparto por áreas jurídicas que optimizase el funcionamiento del Alto Tribunal de la EU.

No obstante, consideramos que las cuestiones prejudiciales relativas a los asuntos del AFSJ deberían continuar siendo atendidas por el JC, por la trascendencia de los derechos que entran en juego en un proceso penal. En nuestra opinión, el nuevo reparto de materias debería pasar porque el GC asumiera competencias en materias de menor calado como, a modo de ejemplo, la evaluación de los contratos públicos o la libertad de establecimiento.

De este modo, el JC liberaría parte de su carga de trabajo en materias en las que la presencia de derechos fundamentales es menor, para poder dedicar mayores recursos a discernir si se respeta o si se interpreta correctamente la normativa europea en protección de los derechos procesales de los investigados⁴⁸⁹.

Otra de las opciones que podría considerarse sería la creación de un tribunal especializado, de los contemplados en el artículo 257 del TFEU, que se dedicase en

⁴⁸⁹ En caso de optarse por esta opción, es decir que el GC entendiese de cuestiones prejudiciales ajenas a la esfera AFSJ, esta reforma podría venir acompañada de otras modificaciones ajenas a la temática de este trabajo como puede ser la creación de un Tribunal Especializado de asuntos sobre la competencia. Este nuevo Tribunal descargaría considerablemente la carga de trabajo del GC que podría dedicar más recursos a la resolución de las cuestiones prejudiciales que se le planteasen.

exclusiva a la resolución de las cuestiones planteadas en relación al AFSJ. No obstante, en nuestra opinión, la estructura del CJEU que cataloga a estos tribunales especializados como de primera instancia, subordinados al CJ y al GJ, nos llevan a descartar que un hipotético tribunal especializado pudiese ser el órgano adecuado para sentar las bases jurisprudenciales de la protección de los derechos procesales y de la definición de un proceso equitativo a nivel de la EU.

Al margen de este nuevo reparto de competencias, consideramos que en la protección de los derechos que ampararía la DSP existiría una debilidad consistente en que no existen garantías de que la víctima de una posible violación de sus derechos pueda instar *motu proprio* el amparo del CJEU.

En efecto, tal y como hemos descrito con anterioridad, son los tribunales nacionales los que plantean las cuestiones prejudiciales al Alto Tribunal Europeo pero no se asegura la posibilidad de que sea el afectado el que pueda instar al tribunal de su país que entienda la causa la posibilidad de que plantee una cuestión prejudicial sobre su causa ante el CJEU.

Consideramos, por tanto, que la propia DSP debería obligar a los Estados miembros a que asegurasen como vía de recurso que los investigados pudieran instar en sus tribunales nacionales la posibilidad de plantear una cuestión prejudicial ante el CJEU sobre casos en los que puedan ostentar el papel de víctimas, tal y como lo contempla el ECHR para las posibles vulneraciones de los derechos contenidos en la ECoHR.

3. El refuerzo del ejercicio de la defensa en la obtención de prueba transfronteriza.

En el análisis de la obtención de la prueba transfronteriza que hemos llevado a cabo en los capítulos anteriores se ha puesto de manifiesto que la doctrina, desde diferentes puntos de vista, ha señalado que los empeños de la EU en incrementar la eficacia de la cooperación procesal penal se han llevado a cabo olvidando, en

ocasiones, la necesidad de asegurar que el derecho de defensa de los investigados también mejorase en términos similares.

Esta circunstancia se ha ido corrigiendo y, tal y como exponíamos en el Capítulo V, el artículo 1.3 de la EIO ya contempla que las partes en el proceso puedan solicitar a través de la autoridad judicial nacional la ejecución de una EIO para ejercer de manera efectiva su derecho a la defensa.

No obstante, resulta evidente que la labor de la defensa se complica cuando durante la investigación alguna de las pruebas es obtenida en el extranjero. Para empezar, los letrados de la defensa han de tener un profundo conocimiento del instrumento concreto que se haya empleado para la obtención de la prueba. Generalmente, y cada vez más, el instrumento de cooperación que se empleará será una EIO.

Así, el abogado de la defensa deberá conocer en profundidad aspectos fundamentales de la EIO, en caso de que se aplique este instrumento de cooperación. Entre ellos y a modo de ejemplo, si la EIO ha sido emitida cumpliendo los requisitos formales o si el acto de investigación de investigación solicitado está afectado de las disposiciones específicas contempladas en el capítulo IV de la DEIO. Sobre la necesidad de obtener esta formación volveremos en el apartado siguiente de este capítulo.

Además, las dificultades para ejercer la defensa de un investigado en estos casos se ven incrementadas por la materialización de un acto destinado a obtener elementos probatorios en otro país. Teniendo en cuenta que la aplicación de la *lex loci* de dicho país será la tónica general, el abogado defensor también deberá conocer los fundamentos de las normas procesales de ese Estado, para poder estar en situación de ejercer una defensa eficaz de su cliente.

Consideramos que este tipo de defensa, además de no estar al alcance de cualquiera en términos económicos, requiere otro tipo de respuestas. En este sentido, no parece realista que un letrado se constituya en experto, no sólo en cooperación

procesal penal europea, sino también en el amplio abanico de sistemas procesales que presentan los Estados miembros.

Para paliar esta situación y asegurar que se garantiza el respeto a un proceso equitativo, particularizado en el ejercicio efectivo del derecho de defensa, consideramos que debería crearse una institución de apoyo a aquellos investigados en cuya causa aparezca la necesidad de practicar una prueba en otro Estado de la Unión.

Denominaremos a esta institución de apoyo como “defensor europeo” o “Eurodefensor”⁴⁹⁰ y su finalidad sería conseguir que un investigado no viera mermadas sus posibilidades de defensa, ni pudiese alegar indefensión, cuando en el transcurso de una investigación que le afecte sea necesario practicar una prueba en otro Estado miembro, con independencia del instrumento de cooperación que se emplee.

Concebimos esta idea del “Eurodefensor” como una institución central, que podría tener carácter independiente o formar parte de EUROJUST, en la que la EU intervendría principalmente a través de la financiación de los servicios de organizaciones de abogados y defensores nacionales.

De este modo, cuando durante una investigación entrase en juego algún acto de investigación de carácter transnacional en el seno de la EU, el investigado podría solicitar la intervención del “Eurodefensor”, que compensaría la sobrecarga a la que se vería sometido un defensor nacional.

⁴⁹⁰ La figura del Eurodefensor fue desarrollada por primera vez por Bernd Schünemann en 2006, aunque se planteaba en un escenario muy diferente al actual y con unas características que difieren de las que exponemos en este apartado. En concreto, Schünemann planteaba un proyecto alternativo al sistema de cooperación procesal europeo actual. A modo de ejemplo, desechara al MR como piedra angular y proponía que la armonización del derecho penal de los diferentes Estados, en sus vertientes sustantiva y procesal, era el camino para alcanzar una auténtica AFSJ. Puede consultarse más sobre este proyecto alternativo en Schünemann, B., “¿Peligros para el estado de derecho a través de la europeización de la administración de justicia penal?”, en Armenta Deu, T. (Coord.), *El derecho procesal penal en la Unión Europea. Tendencias actuales y perspectivas de futuro*, ed. Cóllex, 2006, p. 34.

Como mencionábamos, se trataría de una institución central que proporcionaría apoyo a la defensa del investigado. En el caso que citábamos, cuando se emite una EIO, el abogado nacional podría pedir asesoramiento al “Eurodefensor” acerca de la emisión y trámite de la EIO pero, además, la Institución del “Eurodefensor” podría financiar los servicios de un abogado en el Estado miembro donde se practicaría el acto de investigación, asegurando la tutela de un letrado que conoce la legislación procesal de ese país.

Con esta medida, en nuestra opinión, se contribuiría al equilibrio de fuerzas entre el ejercicio del *ius puniendi*, a cargo de las instituciones europeas y nacionales, y el derecho del investigado a una defensa efectiva.

4. La importancia de la formación en la eficacia de la cooperación procesal penal.

Una de las recapitulaciones que exponíamos en el Capítulo II consistía en la necesidad de una adecuada formación para los intervinientes en la labor de cooperación procesal penal europea ya fuesen jueces, fiscales, abogados o funcionarios de policía.

Organizaciones como los magistrados de enlace o instituciones como EUROJUST y la EJM realizan una valiosa labor de formación, como ya se expuso en dicho capítulo. No obstante, consideramos que una cuestión de tanta importancia no debería quedar en esfuerzos aislados y que dependen, en medida, de la voluntad de los intervinientes.

En nuestra opinión, para asegurar una adecuada eficacia de los instrumentos de cooperación analizados en este trabajo y el adecuado encaje de la DSP en este sistema, debería establecerse un método estructurado de formación de los profesionales intervinientes, cuya organización corriera a cargo de EUROJUST.

En este sentido, debería promoverse el conocimiento básico de los sistemas legales de otros Estados miembros y de los instrumentos de cooperación europeos. Entre las

actividades que correspondería coordinar a EUROJUST, habría de estar el desarrollo de módulos comunes de formación que podrían cursarse en la sede de dicha Institución o formar parte de los currículos de las universidades europeas. Cabría, incluso, la posibilidad de crear una Academia Europea de Estudios Jurídicos que estuviese centrada en la cooperación judicial europea y que se encontrase inserta en la estructura de EUROJUST⁴⁹¹.

También cabría la posibilidad de establecer rotaciones o pasantías en otros Estados o en la sede de EUROJUST, con el fin de profundizar en las actividades de cooperación y en el conocimiento de los sistemas procesales de otros Estados, así como intercambios de jueces entre los diferentes Estados miembros⁴⁹².

III. PROPUESTAS PARA OPTIMIZAR EL FUNCIONAMIENTO DE LOS EQUIPOS CONJUNTOS DE INVESTIGACIÓN Y MEJORAR LA ADMISIBILIDAD DE LOS RESULTADOS DE LOS MISMOS

El objetivo de este apartado es exponer aquellas propuestas, legislativas o de otra índole, que afectan a la constitución y funcionamiento de los JIT, y que tienen por finalidad mejorar el funcionamiento de los mismos e incrementar la eficacia procesal de los frutos obtenidos de su actividad.

Como se expuso en el apartado segundo de este capítulo, el marco normativo que ampara la creación de un JIT en el seno de la EU resulta, al menos, confuso. La actividad normativa de la Unión en este campo se limita a la FDJIT, que se elaboró con una clara vocación transitoria, a la espera de que todos los Estados miembros ratificaran el ECMACM 2000.

Las FD, como instrumentos legislativos, fueron creadas por el Tratado de Ámsterdam⁴⁹³ y se empleaban exclusivamente en el ámbito de la cooperación judicial

⁴⁹¹ Gisèle Vernimmen-Van Tiggelen, G.; Surano, L., "Analysis of the future of mutual recognition in criminal matters in de EU", *Eclan*, nº17, 2008, puede consultarse en: https://www.advokatsamfundet.se/globalassets/advokatsamfundet_sv/nyheter/slutrapport_mutual_recognition_eng.pdf

⁴⁹² Bachmaier Winter, L., "El exhorto europeo...", *op. cit.*, p. 178.

⁴⁹³ En concreto, por el artículo 34 de dicho Tratado:

y policial. La FDJIT sufrió, durante su elaboración y aprobación, las limitaciones propias de una norma de esta naturaleza. No en vano, requerían de la unanimidad del Consejo para su aprobación. La necesidad de obtener un consenso total se traduce, normalmente, en una rebaja en el nivel de ambición en cuanto a la concreción de los aspectos regulados. Este efecto resulta más acusado cuando la materia a regular afecta directamente a la soberanía nacional de los Estados, como es el caso del ejercicio del *ius puniendi*.

Además, es importante recordar que la FDJIT vio la luz bajo la estructura limitada del antiguo tercer pilar comunitario y, en consecuencia, adolece de un importante descuido en los aspectos trascendentales referentes a los derechos y garantías de los investigados, de los que no se regula cuestión alguna en su articulado⁴⁹⁴.

Los defectos en el funcionamiento de los JIT que se expusieron en el Capítulo 3 y que tienen una incidencia directa en la obtención eficaz de los medios de prueba, podrían atenuarse con la aprobación de una nueva norma que amparase la creación de los JIT entre Estados miembros. Esta nueva regulación aprovecharía los años de experiencia acumulada en el funcionamiento de los JIT, recogida profusamente en los informes de la JITNEN, así como las disfunciones que hayan podido detectarse a nivel estrictamente nacional, por parte de los países participantes.

En relación al formato que debería adoptar dicha norma, el razonamiento que seguíamos en el apartado anterior para la DSP es perfectamente válido para el caso concreto de los JIT, por lo que consideramos que la nueva regulación de los JIT habría de tener el formato de una Directiva.

2. El Consejo dispondrá y fomentará, en la forma y según los procedimientos oportunos tal como se establece en el presente título, la cooperación pertinente para la consecución de los objetivos de la Unión. A tal fin, a iniciativa de cualquier Estado miembro o de la Comisión, el Consejo podrá, por unanimidad: /...

b) adoptar decisiones marco para la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. Las decisiones marco obligarán a los Estados miembros en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. No tendrán efecto directo.

⁴⁹⁴ Hernández López, A., “Reflexiones en torno a la exclusión de los Equipos Conjuntos de Investigación en la Directiva 2014/41/UE”, en González Cano, M.I. (Coord.), *Orden Europea de Investigación y Prueba Transfronteriza en la Unión Europea*, ed. Tirant, 2019, p. 223.

Pasamos ahora a detallar las líneas generales que debería definir esta Directiva. Como punto de partida, en un escenario en el que la cooperación judicial tiene al MR como piedra angular, consideramos que no resulta coherente que una figura como los JIT dependa tanto del acuerdo puntual entre los Estados que van a configurarlo. Al contrario, la configuración de estos equipos debería gozar de un elevado grado de automatismo, propio del resto de medidas de cooperación que están basadas en el MR.

Para lograr este grado de automatismo, la futura Directiva debería tasar muchos de los aspectos que la regulación actual deja al acuerdo o buena voluntad de Estados que van a configurar el JIT. En primer lugar, tendrían que definirse una serie de motivos de denegación, con una limitación lo suficientemente clara que evite la incertidumbre del posible arbitrio en la decisión por parte de los componentes del Equipo.

Además de estar definidos con la máxima concreción, estos motivos de denegación deberían ser simples y reducidos en número. Siguiendo la tónica de otras medidas de cooperación, bien podrían limitarse a un umbral punitivo de los delitos a investigar, conjugado con la lista de “eurodelitos”, ya mencionada en este trabajo. En aras del automatismo de la constitución de los JIT, las autoridades correspondientes de cada Estado no podrían denegar la constitución de un JIT por un motivo que no estuviese expresamente recogido entre los motivos de denegación.

Por otra parte, la nueva Directiva de los JIT debería eliminar la intervención de las autoridades administrativas en el proceso de decisión referente a la constitución y funcionamiento de un Equipo. Como medida de cooperación procesal penal, la decisión de constituir un JIT y la operativa del mismo una vez constituido, no deben estar supeditados al dictamen de autoridades gubernativas, sino que debe corresponder exclusivamente al ámbito judicial.

Coincidimos con la opinión compartida por diversos autores, y ya vertida en este trabajo, consistente en considerar la decisión de creación de un JIT como una medida

de investigación más que debe tomar la autoridad competente en ese campo, sin que resulte procedente que dicho afán de investigación conjunta se vea truncado por la intervención de autoridades administrativas.

Al margen de evitar la intervención administrativa en la creación de un JIT, la nueva Directiva que regule su constitución y actividad debería modificar el planteamiento del estatus de los agentes destinados, sin que en ningún caso se minusvalore su presencia e intervención en otro Estado miembro. En este sentido, únicamente podría entenderse que se les vete la realización de ciertas acciones que resulten especialmente coercitivas, como el acto de la detención. No obstante, no deberían tener obstáculos para llevar a cabo otro tipo de medidas de investigación como la gestión de intervenciones de las comunicaciones o la realización de seguimientos y vigilancias de carácter operativo. En ningún caso compartimos la permanencia en una hipotética Directiva de lo dispuesto en el 13.5 del ECMACM 2000, donde se prevé la posibilidad de vetar su presencia a criterio del Estado anfitrión, a menos que medien razones suficientemente motivadas⁴⁹⁵.

Otro de los aspectos que, en nuestra opinión, debería ser objeto de revisión en la nueva Directiva que regule los JIT es la posibilidad de constituir Equipos genéricos asociados a una temática delictiva determinada. Como se expuso en el Capítulo 3, los Equipos que se constituyan basados en la normativa actual (cuestión aparte son los acuerdos bilaterales) han de estar creados para investigar una conducta concreta y durante un periodo de tiempo limitado.

Relativo a esta circunstancia, la nueva Directiva que dé amparo a los JIT debe habilitar la creación de JIT permanentes enfocados a la investigación de una temática delictiva determinada. Esta práctica ha demostrado dar excelentes resultados cuando se ha puesto en marcha a través de acuerdos bilaterales⁴⁹⁶ y sería una solución eficaz en aquellos casos en los que se trata de paliar conductas delictivas que afectan de

⁴⁹⁵ A modo de ejemplo, una de las razones fundamentadas podría ser la preservación de la intimidad de víctimas especialmente vulnerables.

⁴⁹⁶ El mejor ejemplo puede encontrarse en el JIT permanente constituido en 2007 entre España y Francia para combatir el terrorismo de ETA, a raíz de los atentados de Capbreton, Francia.

manera cotidiana y simultánea a dos o más países de la EU. A modo de ejemplo, podría constituirse un JIT permanente entre España y Portugal enfocado a luchar contra el tráfico ilegal de armas de fuego, por la especial casuística que se da en la frontera entre ambos países⁴⁹⁷.

Por último, al margen de las líneas generales de la nueva regulación de los JIT, creemos que es necesario un nuevo planteamiento del papel de las agencias europeas en la constitución y funcionamiento de estos Equipos. En este sentido, consideramos que dado que un JIT varía de responsable en función del territorio en el que opere en cada momento, debería potenciarse el papel coordinador de EUROJUST. En ningún caso se trataría de restar iniciativa investigadora a los diferentes jefes, sino que la agencia intervendría como mero elemento organizador, que contribuiría de manera más efectiva al buen término de la investigación.

IV. PROPUESTAS ORIENTADAS A MEJORAR LA EJECUCIÓN DE LA ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ENTREGA EN SU VERTIENTE DE OBTENCIÓN DE PRUEBAS

La finalidad de este apartado consiste en describir las propuestas que se han inferido en base al Capítulo IV de este trabajo y que están encaminadas a mejorar la aplicación de la EAW en un campo muy concreto de su ámbito de actuación, consistente en la obtención de pruebas a través de su ejecución, tal y como establece el artículo 29 de la FDEAW.

Como se expuso con anterioridad, aunque de manera accesorio, los legisladores europeos quisieron que la EAW tuviese también una utilidad en la investigación penal no sólo a través del traslado de detenidos para llevar a cabo actos de investigación, sino también a través de la redacción del ya analizado artículo 29 de la FDEAW, que permite el traslado de objetos intervenidos durante la detención y que puedan servir como prueba.

⁴⁹⁷ En Portugal, la licencia de caza habilita a poseer un arma corta de calibre 6.75, mientras que en España es necesaria la licencia de armas A, de concesión muy restringida. Esta circunstancia provoca que exista cierto nivel de tráfico ilegal de este tipo de armas entre ambos países.

No obstante, la evolución normativa de la EU en materia de cooperación procesal penal ha desarrollado otros instrumentos que resultan más específicos para la obtención de medios de prueba y que también permiten el traslado de un detenido a estos efectos, como es el caso de la DEIO.

En concreto la DEIO prevé la posibilidad de que, en determinadas circunstancias, un detenido pueda ser trasladado a otro país para la práctica de alguna medida de investigación. No obstante, como pudo comprobarse en el análisis comparativo del apartado sexto del Capítulo IV, ambas normas plantean un enfoque diferente de dicha acción.

Mientras que en la DEAW puede apreciarse un mayor componente coercitivo, en la DEIO se establece un régimen de mayor flexibilidad aunque con una aplicación más limitada. De hecho, sólo la DEAW contempla la detención de un investigado que se encuentra en libertad. Por el contrario, en el caso de la ejecución de una EIO no puede privarse de libertad a quien no está detenido, sino que la aplicación del traslado de investigados se reduce a aquellos que, en el momento de la recepción de la EIO, ya se encontraban privados de libertad.

Por otra parte, la FDEAW está centrada en la detención y puesta a disposición de la justicia de un sujeto, ya sea para cumplir condena o para participar en la generación de medios de prueba. En cambio, la DEIO está focalizada estrictamente en la obtención de elementos probatorios. Es decir, aunque tienen finalidades diferenciadas, ambas normas se solapan en cuanto a la posibilidad de trasladar un detenido para la obtención de medios de prueba.

Ante la naturaleza diferenciada de ambas normas, no parece que la solución a este solape en el ámbito de aplicación de dichos textos hubiese sido la derogación, total o parcial, de la FDEAW a causa de la entrada en vigor de la DEIO.

Resulta obvio que la derogación de todo el articulado de la FDEAW por parte de la DEIO carecería de sentido. La motivación de ambas normas es totalmente diferente y

la DEIO no tiene los efectos que despliega una FDEAW en otros aspectos ajenos a la investigación penal.

No obstante, consideramos que sí cabe un nuevo planteamiento en la distribución de las posibilidades que ofrecen ambas normas. Por un lado, como se expuso en el Capítulo V, la DEIO surge con la intención de constituirse en una herramienta integral, y casi exclusiva, para la obtención de medios de prueba. Únicamente se contempla su coexistencia con la figura de los JIT, desarrollada en el tercer capítulo de este trabajo.

En consecuencia sería la DEIO, la norma que debiera asumir la regulación de la detención y traslado de un sujeto, exclusivamente cuando la finalidad de estas acciones sea la de llevar a cabo medidas de investigación.

En lo concerniente a la EAW, si despojamos a la FDEAW de toda la regulación relativa a la detención y traslado de un individuo para llevar a cabo acciones penales, únicamente quedaría lo concerniente a la interceptación y expatriación de condenados. Este aligeramiento del contenido de la FDEAW supondría una oportunidad para afrontar una reforma normativa de dicha FD, creando una nueva Directiva que derogase a la FD y que se centrara en puridad en un proceso de sustitución de la extradición tradicional.

Los aspectos que definirían este nuevo régimen para la EAW darían lugar a un tratamiento en profundidad que, dado que su objeto se alejaría de la investigación penal, queda fuera del alcance de este trabajo. En cualquier caso la Directiva que amparase este nuevo formato de EAW, al reducir su aplicación a sujetos que ya han sido condenados, sería una excelente oportunidad para solventar deficiencias en la ejecución de la EAW tradicional, como es el caso de la excesiva laxitud en la interpretación de los motivos de denegación.

De hecho, el elenco de motivos de denegación podría reducirse⁴⁹⁸, puesto que ya no se trataría de una persona investigada sobre la que recae la presunción de inocencia, sino de alguien que ha sido condenado en otro Estado miembro tras ser sometido a un proceso equitativo en un Estado que comparte los mismos valores reflejados en la ChFREU y en el ECoHR.

Por otra parte, con la aprobación de esta nueva concepción de la EAW, la posibilidad de trasladar a un detenido para llevar a cabo actos de investigación quedaría regulada en exclusiva por la DEIO con algunos matices que consideramos de necesaria aplicación y que expondremos en el apartado siguiente.

V. PROPUESTAS PARA MEJORAR EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LA ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACIÓN Y PARA INCREMENTAR LA EFICACIA PROCESAL DE LOS MEDIOS DE PRUEBA OBTENIDOS

Este apartado tiene como objetivo exponer las propuestas, legislativas y de otra índole, con las que pretendemos contribuir a mejorar el reconocimiento y ejecución de una EIO, así como a incrementar la eficacia procesal de las pruebas obtenidas de su aplicación. La formulación de estas propuestas tiene su base en las recapitulaciones inferidas en el Capítulo V de este trabajo.

Como se exponía en el capítulo referido, consideramos que el concepto de la EIO es un importante avance en la obtención de la prueba transfronteriza en el ámbito de la EU. La norma que le da sustento tiene también, en nuestra opinión, el formato adecuado y es previsible que en un corto periodo de tiempo sustituya a la práctica totalidad de los instrumentos de cooperación procesal penal que estén encaminados a la obtención de pruebas, con las salvedades de la constitución de un JIT o la ejecución de una vigilancia transfronteriza.

⁴⁹⁸ A modo de ejemplo, no tendrían sentido motivos de denegación como que la persona esté sometida a un proceso penal en el Estado de ejecución por los mismos hechos. Dado que el afectado ya estaría, en todo caso, condenado en el Estado de emisión por lo que debería cesar el proceso en el país receptor de esa futura EAW.

Nuestras propuestas relativas a la EIO, por tanto, no ponen en tela de juicio la validez de los pasos avanzados con la aprobación de la DEIO sino que están encaminadas a aplicar reformas que mejoren la efectividad de su articulado y permitan avanzar en una compartición procesalmente eficaz de medios de prueba.

En este sentido, como cualquier norma, la aplicación práctica de sus disposiciones ha puesto de manifiesto importantes áreas de mejora que se han analizado en el Capítulo V. Las reformas que vamos a exponer pueden clasificarse en dos categorías. La primera de ellas la forman aquellas propuestas que conllevan una afectación general de lo dispuesto en la DEIO, mientras que la segunda categoría o grupo estaría compuesta por las aportaciones que están relacionadas con algún acto concreto de investigación.

Comenzaremos nuestra exposición con la primera de las categorías y, entre las aportaciones que comprende, con la que afecta a un aspecto básico de cualquier norma como es determinar a qué normas anteriores deroga. En este sentido, el artículo 34.1 de la DEIO establece que, a partir de su entrada en vigor, lo dispuesto en su articulado sustituye las “disposiciones correspondientes” del ECMACM 1959, del SA y del ECMACM 2000. Sin embargo, no especifica a qué disposiciones concretas se refiere, dejando a la interpretación de los que aplican la DEIO la elección de ésta u otras de las herramientas anteriores de cooperación. Algo similar ocurre con el artículo 34.2, cuando establece que la FD 2003/577/JAI queda derogada en lo referente al aseguramiento de pruebas.

Como analizamos en el Capítulo V, el alcance de la interpretación del concepto de estas “disposiciones correspondientes” ha sido muy diverso. Esta interpretación dispar ha sido origen de fricciones entre los participantes en aquellos casos en los que la petición de llevar a cabo una medida de investigación se ha emitido o recibido empleando alguna medida basada en MA de las que se entienden por sustituidas por la DEIO.

Tuvimos oportunidad de comprobar que el contacto frecuente entre los participantes de los diferentes países y la propia práctica habían alcanzado soluciones de consenso tales como determinar qué actividades debían quedar fuera del ámbito de aplicación de la DEIO y cuáles debían cursarse, en todo caso, a través de una EIO.

La primera de nuestras propuestas de reforma de la DEIO va encaminada a paliar este vacío legal que ha demostrado ser un problema para el buen funcionamiento del instrumento de cooperación y, en consecuencia, para la obtención de medios de prueba a través de su aplicación. En consecuencia consideramos que el artículo 34.1 de la DEIO debería ser modificado para reflejar positivamente que las siguientes medidas quedan fuera del ámbito de aplicación:

- Establecimiento de un JIT y recogida de pruebas en el marco del mismo.
- Notificación y envío de escritos procesales, a menos que la entrega de un documento sea instrumental para la medida de investigación objeto de la EIO.
- Intercambio espontáneo de información.
- Transmisión de las diligencias.
- Embargo preventivo de bienes a efectos de posterior decomiso.
- Restitución, devolución de un objeto a la víctima.
- Recopilación de extractos del registro de antecedentes penales.
- Cooperación entre cuerpos de policía o entre servicios de aduanas.

En sentido positivo, es decir, definiendo aquellos casos que en todo caso estarían amparados por una EIO, la redacción de dicho artículo debería dejar claro que las EIO, en todo caso:

- Tienen por finalidad obtener una prueba transfronteriza.
- Están emitidas o validadas por una autoridad judicial.
- Siempre afectan a Estados miembros vinculados por la DEIO.

En caso de no acometer esta reforma, continuarán apareciendo situaciones en las que ciertos Estados rechacen una EIO en base a unos hechos que entienden que

quedan fuera del ámbito de aplicación de la DEIO o, al contrario, que emitan solicitudes de auxilio empleando herramientas basadas en la MA que ya han sido superadas por la Orden.

Dejando al margen el ámbito de aplicación, otro aspecto de carácter generalista que provoca dudas entre los usuarios de la DEIO radica en el concepto de “caso interno similar”, que habilita a denegar la ejecución de una EIO cuando la medida de investigación solicitada no esté disponible para un caso puramente nacional que guarde similitudes con el proceso objeto de investigación transnacional.

Entendemos que la ambigüedad de la definición del concepto de “caso interno similar” abre la puerta a un control adicional del principio de proporcionalidad en el Estado de ejecución. A nivel conceptual, consideramos que este motivo de denegación, basado en la homologación de dos investigaciones diferentes, debe restringirse a aquellos casos en que la ejecución del acto concreto de investigación choque de plano con los principios jurídicos del Estado de ejecución.

Consideramos, en este sentido, que la evaluación de la posible comparación con un “caso interno similar” no debe traducirse en una comprobación, al pie de la letra, del caso para el que se solicita la EIO, con otro exactamente igual en el Estado receptor. De hecho, y como comprobábamos en el Capítulo V, los profesionales implicados han puesto de manifiesto la necesidad aplicar criterios flexibles y de buena voluntad para llevar a cabo esta asimilación.

Con el fin de restringir la aplicación extensiva de este concepto de “caso interno similar”, consideramos que el artículo 2 de la DEIO, dedicado a las definiciones con trascendencia en la aplicación de la directiva, debería incluir una definición de las claves que permitan interpretar cuando estamos o no ante un caso similar. En nuestra opinión, estas claves deberían basarse únicamente en el tipo delictivo y en un margen punitivo.

Al hilo de impedir que el Estado de ejecución pueda entrar en juicios adicionales y no previstos de proporcionalidad, el artículo 10.2 de la DEIO evita que el Estado de ejecución pueda negar la materialización de ciertos actos de investigación por lo que, de manera indirecta, obliga a que dichos actos existan en todos los países sometidos a la DEIO. Son lo que podríamos denominar un grupo blindado de actos de investigación que no pueden negarse bajo ninguna circunstancia.

Sin embargo el siguiente apartado de dicho artículo, el 10.3, habilita a que el Estado de ejecución pueda sustituir cualquier acto de investigación, incluidos los reflejados en el artículo 10.2, por otro que considere menos intrusivo.

A nuestro juicio, sería deseable que las salvedades del artículo 10.2 se extendiesen a la casuística que presenta el apartado tercero del mismo artículo. De este modo el estado de Ejecución tampoco podría sustituir ninguno de estos actos blindados por otro medio de investigación menos intrusivo que el solicitado y que supuestamente consiga los mismos fines. Es decir, y aplicando un ejemplo, que aunque existiese una medida de investigación alternativa a la declaración de un acusado, no fuese posible sustituirla por otra diferente por la única razón de que no cuadra con el criterio subjetivo del Estado de ejecución.

De este modo se conseguirá reducir la discrecionalidad del Estado de ejecución en el momento de determinar si la medida solicitada es o no demasiado intrusiva, al menos cuando se trate de actos tan cotidianos en el ámbito de la investigación como los enumerados en el mencionado artículo 10.2.

En consecuencia, proponemos que el artículo 10.3 de la DEIO se reforme de manera que determine que los actos blindados de investigación, no sólo puedan no puedan ser denegados, sino que tampoco puedan ser sustituidos a criterio del Estado de ejecución.

Otro de los aspectos de carácter generalista que los diversos informes aportados en este trabajo ponen de manifiesto como fuente de disfunciones consiste en la

aplicación o no del principio de especialidad. Aplicado al ámbito de la DEIO, el principio de especialidad puede resumirse en que las pruebas obtenidas para una causa concreta no pueden emplearse para la investigación de un delito diferente al que originó la emisión de la Orden.

A diferencia de otros instrumentos de cooperación, en el texto de la DEIO no hay disposición alguna al principio de especialidad, por lo que su aplicación divide a quienes la emplean. A tenor de las diferentes argumentaciones expuestas en el Capítulo V, nos alineamos con la opinión de la mayoría consistente en que la ausencia de una regulación positiva es indicativa de que el principio de especialidad, a priori, no es de aplicación para la DEIO.

No obstante, y con el fin de eliminar cualquier duda, consideramos que la reforma de la DEIO que proponemos debería regular expresamente el modo de aplicación de este importante principio. En este sentido, estimamos que la DEIO debería reflejar una versión restrictiva de la aplicación del principio de especialidad según el cual, este principio únicamente sería de aplicación cuando la prueba obtenida tratase de emplearse para investigar delitos que queden fuera del ámbito de aplicación de la DEIO. Es decir, una prueba obtenida para la investigación de un delito podría emplearse para esclarecer otro tipo delictual siempre y cuando esta otra conducta criminal esté dentro del ámbito de aplicación de la DEIO.

En caso de no darse una regulación positiva de la aplicación del principio de especialidad, continuará produciéndose una merma en la agilidad de la herramienta de cooperación, en cuya solicitud ahora hay que añadir una justificación adicional si se estima que las pruebas obtenidas pueden ser empleadas en otra investigación.

Al margen de esta circunstancia, otra de las disfunciones de carácter general que se ha detectado del análisis de la DEIO radica en la deficiente gestión de las EIO cuando se argumentan razones para su tramitación urgente, tal y como se contempla en el artículo 12.2. A pesar de que la agilización del proceso está previsto en su articulado, la DEIO no dispone de medidas concretas para llevarla a cabo, lo que genera problemas

relativos a la justificación de este carácter de urgencia y al modo en que deben emitirse y reconocerse las EIO que revisten esta particularidad .

En concreto, algunos de los problemas que exponen los usuarios consisten en el abuso de esta vía de tramitación en aquellos casos que no revisten urgencia real, sino que ocultan demoras infundadas en la gestión del país de emisión o el único afán de conseguir las pruebas requeridas con una celeridad innecesaria. Además, los expertos ponen de manifiesto las dificultades idiomáticas que se dan en estos casos cuando la urgencia en la tramitación es una necesidad real y en los que el tiempo empleado en traducciones retrasa la necesaria agilidad de tramitación del proceso.

Otra de las dificultades relacionada con la tramitación urgente de la EIO reside en la dificultad para que la autoridad competente firme la emisión de la Orden, o la validación de la misma, en aquellos casos en que la necesidad de emitir la EIO tiene lugar en periodo de vacaciones o en fines de semana.

Con el fin de facilitar la obtención de medios de prueba procesalmente eficaces a través de una EIO, cuando la investigación reviste una urgencia real, la reforma de la DEIO que proponemos debería dar una nueva redacción al artículo 12.2 de la Directiva de modo que se concreten las circunstancias que definan cuándo una situación ha de considerarse urgente. En estas circunstancias, consideramos, debería reflejarse aspectos como la afectación de derechos fundamentales, el peligro de fuga de los investigados o la gravedad y alarma social del hecho que se investigue. Consideramos, además, que la nueva redacción del artículo 12.2 debería imponer que para estos casos de urgencia el idioma de transmisión fuese únicamente el inglés, para ahorrar demoras innecesarias debidas a los procesos de traducción.

En cuanto a la posible pérdida de elementos probatorios por la demora en la tramitación de estos casos urgentes, entendemos que la reforma del mencionado artículo debería incluir la posibilidad de que puedan llevarse a cabo acciones iniciales encaminadas a asegurar que no se destruyan datos que pudieran resultar

irrecuperables en caso de falta de celeridad en la ejecución de la EIO, incluso en un momento anterior al pleno reconocimiento y ejecución de la Orden.

La última de nuestras propuestas de carácter general está relacionada con la intervención de la EJM en la tramitación de una EIO. Aunque durante el Capítulo V quedó clara la importancia y la implicación de esta institución en el buen funcionamiento de la EIO, consideramos que su vinculación puede y debe ser aún más estrecha.

Para esta afirmación nos basamos en las conclusiones vertidas en los informes periódicos publicados tanto por EUROJUST como por la EJM acerca de la EIO, en los que se recomienda encarecidamente a los usuarios de la EIO que realicen frecuentes consultas a estos órganos.

Dado que el papel de estas organizaciones, especialmente de la EJM, resulta tan positivo para el buen funcionamiento de la EIO y para el incremento de la eficacia procesal de los resultados obtenidos, consideramos que la intervención de la EJM debería ser preceptiva en la tramitación de una EIO y no facultativa como lo es en la actualidad.

Aunque podría pensarse que la intervención de la EJM podría traicionar la filosofía del contacto directo entre autoridades judiciales, consideramos que la participación de la estructura de la EJM constituye un mero catalizador que acelera y facilita que el auxilio se lleve a cabo, pero que no añade ni detrae ningún elemento decisorio al proceso de tramitación de la EIO.

Otro posible inconveniente en contra de la intervención preceptiva de la EJM podría residir en la demora en el reconocimiento y ejecución de la EIO, al añadir un trámite adicional como es el examen de algún miembro de la EJM.

No obstante, a través de la experiencia acumulada, ha quedado demostrado que la participación de la EJM no sólo no supone un retraso en el trámite, sino que su función

es especialmente apreciada en tramitaciones urgentes de las recogidas en el artículo 12.2 de la DEIO.

Consideramos, por tanto, que la intervención de la EJM en la tramitación de una EIO debería ser preceptiva, de manera que contribuyese a acelerar su trámite y unificase la respuesta a muchas de las dudas que se plantean en su ejecución. No en vano, como exponíamos en el Capítulo V, en la actualidad no existe un elemento unificador que aplique un criterio estable a muchas de las cuestiones que aparecen durante el reconocimiento y ejecución de una EIO.

Una vez presentadas nuestras propuestas relativas a la reforma de la DEIO que tienen un carácter generalista, a continuación expondremos aquellas que guardan relación concreta con algún acto concreto de investigación.

Estas propuestas surgen de la necesidad de cubrir vacíos existentes en la DEIO y que afectan a medidas de investigación que, con alta frecuencia, son necesarias para concretar una imputación sólida sobre los investigados. Entre estas carencias o disfunciones, destaca el hecho de no haber abordado aspectos concretos relativos a actos cada vez más frecuentes, como la obtención de la prueba electrónica, la toma de muestras biológicas y el cotejo del ADN, o la instalación de medios encubiertos de captación de audio o de rastreo de vehículos u objetos.

Además, aportaremos posibles reformas a algunas medidas de investigación que sí han sido recogidas en la DEIO pero que, a nuestro juicio, podrían incurrir en un alto grado de ineficacia con la redacción actual de la Directiva.

Comenzaremos con aquellas medidas de investigación que no cuentan con una regulación específica en el capítulo IV de la DEIO y que, consideramos, requerirían una mayor precisión en el modo en que han de materializarse. Todo ello con la finalidad de incrementar la eficacia procesal del resultado de dichos actos de investigación.

Aunque las medidas que contemplamos no constituyen, en ningún caso, un listado cerrado, nuestra experiencia como investigadores nos lleva a resaltar la ausencia de disposiciones específicas para la obtención de la prueba electrónica, la toma y cotejo de muestras biológicas, y para la instalación de determinados medios técnicos. Conviene recordar que la DEIO permite la ejecución de cualquier acto de investigación, luego no es necesaria reforma alguna de la DEIO para que las medidas señaladas puedan solicitarse y ejecutarse.

No obstante, consideramos recomendable que la DEIO descienda más en los detalles de estos actos de investigación, con el fin de evitar previsibles disfunciones que, a falta de una regulación específica, habrán de solventarse a través de jurisprudencia del ECHR o del CJEU.

La primera de estas ausencias notables la constituye la obtención de pruebas electrónicas transfronterizas, entendidas como los datos relacionados con la identidad de los abonados a un determinado servicio, los relativos al acceso, a la transacción y a los contenidos que se hayan generado en una comunicación.

Este tipo de pruebas constituye, cada vez más, un elemento de gran trascendencia para las investigaciones contra el crimen organizado, puesto que las organizaciones criminales emplean este tipo de proveedores de servicios como medios de comunicación segura, entre otros fines.

No obstante, en este caso ya existe una propuesta de Reglamento del parlamento europeo y del consejo sobre las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal, todavía en desarrollo en el momento de realizar este trabajo. Consideramos, por tanto, que la DEIO será convenientemente complementada por este futuro Reglamento cuyas líneas generales analizamos en el Capítulo V de este trabajo.

Al margen de las pruebas electrónicas, el segundo de los actos de investigación que carece de regulación específica en la DEIO es el empleo de muestras biológicas para la obtención de ADN en una investigación penal.

Como expusimos en el análisis de la regulación de la normativa europea referente al asunto, a nivel europeo no existe un protocolo que facilite la obtención estandarizada de la prueba de ADN en ninguna de sus etapas, es decir, ni para la toma de la muestra biológica en cuestión, ni para la realización del cotejo de la muestra obtenida.

Además, la obtención de las muestras biológicas y su registro en bases de datos quedan fuera de la regulación de la normativa europea relativa a la protección de datos, aun cuando el manejo de esta información es susceptible de afectar a derechos fundamentales como la intimidad o la protección de datos de carácter personal.

Así, aspectos como la inclusión o la cancelación de los datos o el modo de ejercer el derecho de acceso a la información quedan en manos de los diferentes legisladores nacionales, con lo que no se asegura un tratamiento uniforme que pueda garantizar la protección de los derechos fundamentales afectados en unos términos similares en todo el territorio de la EU.

Al margen de la protección de los datos de carácter personal, existen otros muchos aspectos de la obtención de la prueba de ADN, de índole científico-tecnológico y probabilístico así como de carácter jurídico, para las que no se ha conseguido la necesaria armonización, ya sea porque no han sido objeto de regulación o porque se han regulado a través de normativa europea no vinculante⁴⁹⁹.

La falta de armonización puede resultar perjudicial para la eficacia procesal de la prueba de ADN transfronteriza en el ámbito de la EU, cuando la diferencia de

⁴⁹⁹ Entre las normas que son vinculantes pero que no entran a valorar estos aspectos, cabe mencionar la Decisión Marco 2009/905/JAI del Consejo de 30 de noviembre de 2009 sobre acreditación de prestadores de servicios forenses que llevan a cabo actividades de laboratorio. Por otra parte, entre la regulación no vinculante podríamos resaltar la Resolución del Consejo de 30 de noviembre de 2009, relativa al intercambio de resultados de análisis de ADN.

regulación entre los Estados miembros de las materias que le afectan causen fricciones que repercutan en la admisibilidad de los resultados obtenidos en el Estado de emisión de la EIO.

Ante esta situación, consideramos que existen dos alternativas para solventar las carencias que presenta la DEIO respecto a la prueba de ADN. La primera de estas alternativas consiste en que la reforma que planteamos de la Directiva contemple medidas específicas para la obtención de las muestras biológicas o determine los criterios científicos-tecnológicos y de probabilidad que afectan al cotejo de este tipo de muestras. Esta alternativa se refuerza si se tiene en cuenta que la DEIO ya presenta disposiciones concretas para otro tipo de actos de investigación que son considerablemente menos intrusivos, como la comparecencia por videoconferencia de testigos o peritos.

Consideramos que entre los detalles que tendría reflejar la DEIO debería figurar que la negativa del interesado a que se le tome la muestra biológica no suponga la imposibilidad de llevar a cabo el acto de investigación. En nuestra opinión, en caso de contemplar la negativa del investigado como causa específica de denegación se causaría un perjuicio insalvable a la efectividad de la DEIO en cuanto a la posibilidad de obtener una prueba transfronteriza de ADN.

Por otro lado, la reforma de la DEIO que proponemos debería concretar las cuestiones científico-tecnológicas y de probabilidad que deben aplicarse para conseguir así el necesario nivel de estandarización en el entorno de la EU y allanar de manera definitiva la eficacia procesal de un posible *match* obtenido.

La segunda alternativa, por la cual nos inclinamos, consistiría en complementar la DEIO con otra norma que detallase en mayor medida las cuestiones expuestas para la obtención de pruebas de ADN. Consideramos esta opción como más adecuada porque asumimos que no corresponde a la DEIO, por su finalidad y naturaleza, descender a detalles de índole técnico que afecten a los pormenores del cotejo de los perfiles de ADN, sino que estas cuestiones deben ser objeto de otra norma europea específica

que complemente a la DEIO para la obtención de la prueba transfronteriza de ADN en la EU.

Esta norma complementaria, que por la naturaleza de lo regulado debería tomar la forma de Directiva, supondría un paso importante hacia la armonización de la obtención y empleo de este tipo de pruebas.

Para poder afrontar la elaboración de esta norma complementaria, ante la complejidad técnica y jurídica del tema, consideramos acertada la opción propuesta por algunos autores relativa a la conveniencia de crear una Comisión europea que consiga alcanzar el necesario consenso, en un primer plano desde el punto de vista científico-tecnológico-probabilístico, para después engarzar con al ámbito jurídico en lo relativo al respeto de derechos fundamentales de los investigados⁵⁰⁰.

Consideramos, por tanto, que nos encontramos ante una buena oportunidad para sentar unas bases en cuanto a un protocolo común de obtención de la muestra biológica y que, al menos, la DEIO debería reflejar una referencia a la necesidad de aplicar, en el análisis y cotejo del ADN extraído, aquellas cuestiones sobre las que ya existen ciertos criterios de armonización, aunque no todos tengan carácter vinculante.

Una vez descritas nuestras propuestas relativas a la regulación de la prueba de ADN transfronteriza, expondremos las reformas que, a nuestro juicio, deberían aplicarse para mejorar la ejecución de otras medidas de investigación ampliamente empleadas en la actualidad por las fuerzas policiales, como son la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos; la utilización de equipos técnicos de seguimiento y localización; así como la instalación de cámaras ocultas para la captación de la imágenes.

⁵⁰⁰ Cabezudo Bajo, M.J., *Propuestas para una regulación armonizada de la obtención de la prueba de ADN como prueba científica-tecnológica de probabilidad en el proceso penal*, ed. Aranzadi, 2017, p. 63.

El articulado de la DEIO no hace mención alguna a la instalación de este tipo de dispositivos, a pesar de que son medidas empleadas frecuentemente en investigaciones contra la delincuencia organizada y que no están exentas de diferencias en cuanto a su regulación en los diferentes países de la Unión.

La mayoría de estos dispositivos, en especial los destinados al seguimiento y la localización, o los que se emplean para captar comunicaciones orales, presentan la dificultad añadida que consiste en que la instalación del dispositivo puede llevarse a cabo en un país, mientras el control del mismo se materializa desde un Estado diferente.

A través del análisis que llevamos a cabo en el Capítulo V, consideramos que la DEIO debería concretar qué legislación debe aplicarse en el momento de la instalación del medio, así como en la posterior explotación del dispositivo instalado. En nuestra opinión, el articulado de la DEIO debería disponer que para la instalación del medio técnico debería aplicarse la *lex loci* del Estado en que se encuentre el vehículo, objeto o inmueble sobre el que se vaya a instalar dicho artefacto.

Además, con la finalidad de asegurar un nivel aceptable de eficacia procesal de los resultados de su instalación, consideramos que el control remoto del dispositivo debería hacerse aplicando la legislación del país en que, en cada momento, se encuentre el sujeto. A modo de ejemplo, si se instala una baliza en un vehículo estacionado en Alemania la normativa aplicable en el momento de su instalación debería ser la germana, sin embargo, si el vehículo cruza la frontera a Francia y comienza a delinquir en dicho país, la baliza debería controlarse aplicando la normativa procesal gala aunque el policía que operase su funcionamiento estuviese ubicado en España.

De este modo, se protegerían los derechos de los implicados en el proceso acorde con las normas vigentes en el territorio en que están siendo obtenidos los elementos probatorios, dado que se aplicaría la legislación procesal del país en el que se lleva a

cabo el acto de investigación y no se contravendrían los principios jurídicos básicos de ese Estado.

Otra de las controversias que surgen en el empleo de estos medios, en concreto los destinados a la captación de audio, consiste en la necesidad de notificar o no la existencia de su instalación a los países de tránsito, es decir aquel Estado al que se desplace el investigado portando (de manera inconsciente, claro está) el micrófono instalado y que no coincidiese ni con el país en que se implantó el dispositivo ni con el Estado de emisión de la EIO.

La redacción actual de la DEIO no impone esta obligación para la instalación de medios de captación de audio, sin embargo, el artículo 31 de la DEIO sí establece que es preceptiva la notificación al Estado de tránsito para el caso de las intervenciones telefónicas (a través del anexo C de la DEIO). Es decir y a modo de ejemplo, cuando un investigado tenga su teléfono intervenido por la autoridad alemana competente a petición de una EIO procedente de España y pase a desarrollar su actividad delictiva en Francia, la autoridad española debe notificar a la francesa la existencia de esa medida de investigación sobre el objetivo de la operación.

A través de las experiencias vertidas en diversos informes de los usuarios de la EIO analizados en el Capítulo V, existe una opinión extendida según la cual el tratamiento que debiera darse a la instalación de estos medios de captación de audio habría de asimilarse al caso de las intervenciones telefónicas, en referencia a la notificación al Estado de tránsito en cuyo territorio se encuentra el objetivo y donde se están captando sus conversaciones.

En nuestra opinión, esta homologación es del todo acertada puesto que a pesar de afectar a derechos fundamentales diferentes, ambos actos de investigación, tanto la captación de comunicaciones orales como la intervención telefónica, suponen una importante intromisión en la esfera personal del encausado que requiere de las adecuadas garantías en cuanto a su protección. Todo ello sin olvidar la intromisión en

la soberanía nacional de ese hipotético tercer Estado miembro implicado que, de otro modo, ignoraría la instalación de micrófonos dentro de su territorio.

Por tanto, con el fin de incrementar la eficacia procesal de los resultados obtenidos con su aplicación, consideramos que la reforma de la DEIO debería reflejar la obligatoriedad de comunicar a los Estados de tránsito la existencia de un sujeto que, estando en su territorio, está sometido a la captación de sus comunicaciones orales a través de un dispositivo técnico.

Ahora bien, cuestión diferente es que dicha notificación se convierta, como señalan algunos usuarios de la EIO, en una nueva evaluación sobre la pertinencia de la medida de investigación solicitada. Esta sospecha tiene su origen en el literal del artículo 31.3 de la DEIO cuando establece que, a raíz de dicha notificación, el Estado de residencia podrá valorar si dicha medida de investigación se podría llevar a cabo en un caso doméstico similar.

Consideramos que, para evitar que esta comunicación se convierta en una traba a la eficacia de la medida, esta previsión debería sustituirse por la posibilidad de denegar la ejecución de este acto de investigación únicamente si lo practicado contradice los principios jurídicos fundamentales del país de tránsito, sin entrar en comparaciones detalladas con un caso interno similar.

En todo caso, esta posible comparación debe ceñirse a unos datos muy básicos, casi limitados a conocer el tipo penal que motivó la solicitud de la intervención telefónica y si este tipo de medidas estarían disponibles para la investigación de ese delito en su territorio. De otro modo, si dicho país evaluase otros aspectos relativos a la necesidad de la medida, o la proporcionalidad de la misma, se estarían introduciendo motivos adicionales de denegación que no están contemplados en el articulado de la DEIO, disminuyendo la eficacia de la transmisión de medios de prueba a través de una EIO.

Para concluir con las reformas que deberían afectar a la instalación de estos medios técnicos, consideramos interesante recordar que es el propio ECHR el que establece, a

través de reiterada jurisprudencia, que las medidas de investigación que puedan incidir en el ámbito de la intimidad del investigado deben estar previstas por la ley.

Aunque el Alto Tribunal hace esta previsión enfocada a los ordenamientos nacionales, no parece coherente que los legisladores que han de regular este tipo de medidas de investigación en aquellos casos que afecten a más de un Estado miembro, apenas detallen aspecto alguno acerca de su ejecución en el ámbito de la prueba transfronteriza. Es decir, al hilo de dispuesto por el ECHR, a mayor concreción de las disposiciones que regulen este tipo de medios de investigación, mayores serán las probabilidades de que sus resultados sean admitidos como prueba en la fase oral del proceso en el país que haya emitido la EIO.

Como disponíamos al principio de este apartado, aparte de las medidas de investigación que carecen de disposiciones específicas en el capítulo IV de la DEIO, sobre la que hemos aportado las propuestas descritas, existen otros actos de investigación que sí disponen de instrucciones específicas en la Directiva pero en las que consideramos que existe un importante margen de mejora junto con otras, como es el caso de las vigilancias transfronterizas, que han sido excluidas de forma expresa de la regulación de la DEIO.

La primera de estas medidas es el traslado de un detenido para la práctica de un acto de investigación, es decir, no se trata de una medida de investigación en sí, sino que es un medio para poder llegar a materializar el acto orientado a la obtención de la prueba transfronteriza. Esta posibilidad de traslado de un detenido para llevar a cabo acción penales, como tratábamos en el apartado anterior de este trabajo, se solapa con lo dispuesto en el articulado de la FDEAW.

La DEIO contempla la negativa del detenido como una causa potestativa de denegación en el caso de esta medida de investigación concreta, que los Estados pueden adoptar o no en la normativa de transposición nacional de la Directiva.

Es decir, cabe la posibilidad de que el no consentimiento del detenido extinga la solicitud de traslado al país de emisión y frustre la prestación del auxilio por parte del Estado receptor de la EIO, todo ello a expensas de cómo lo trasponga cada Estado miembro a su ordenamiento nacional.

La mayor parte de los Estados miembros ha adoptado esta causa de denegación como obligatoria en su normativa de transposición lo que, a nuestro juicio, supone una quiebra importante en la efectividad de esta medida de investigación. Así, no parece probable que un detenido preste su consentimiento para su traslado a otro Estado miembro para obtener piezas de convicción que bien podrían suponerle otras condenas en ulteriores procesos.

No obstante, la medida conlleva una importante afectación de los derechos fundamentales del investigado por lo que no consideraríamos acertado que su negativa inicial se obviase sin que tuviese trascendencia alguna en el proceso. En este sentido, como postura intermedia a la redacción actual y a una posible obligatoriedad del detenido a ser trasladado, abogamos por tratar el consentimiento del afectado en términos similares a los de la actual redacción de la FDEAW, esto es, que ante la negativa inicial del investigado a ser trasladado, interviniese otra autoridad judicial del Estado de ejecución que pudiese dilucidar la conveniencia o no de dicho traslado.

Consideramos que con esta reforma, la DEIO incrementaría su eficacia en la obtención de pruebas transfronterizas puesto que existen actos de investigación que requieren la presencia del investigado y que son efectivos con su sola presencia, sin que exista por su parte el ánimo de colaboración⁵⁰¹.

El último de los aspectos de la DEIO sobre el que aportaremos reformas encaminadas a incrementar la eficacia procesal de los resultados de la aplicación de este tipo de Órdenes son las vigilancias transfronterizas que, precisamente, están excluidas de su ámbito de aplicación. En este sentido, el considerando 9 de la DEIO es

⁵⁰¹ El mejor ejemplo lo tenemos en la participación del investigado en una rueda de reconocimiento.

taxativo cuando establece que la EIO no debe aplicarse a los casos de vigilancia transfronteriza contemplados en el artículo 40 del SA.

No obstante, no compartimos esta exclusión dado que aunque las vigilancias transfronterizas están contempladas en el capítulo del SA dedicado a la cooperación policial, se trata de una medida que tiene un importante componente judicial tal y como adelantábamos en el Capítulo I de este trabajo. Es decir, si para solicitar a otro Estado que lleve a cabo una vigilancia transfronteriza sobre un investigado es necesaria la emisión de una solicitud judicial, consideramos que las vigilancias transfronterizas tienen que estar contempladas como un acto más de investigación de la DEIO.

Desde nuestra experiencia como investigadores, la vigilancia transfronteriza no es más que una medida de investigación encaminada a obtener pruebas que, consideramos, no tiene característica alguna que motive su exclusión de la DEIO. Esta inclusión está aun más justificada si recordamos que entre los objetivos de la DEIO está, precisamente, acabar con el sistema fragmentario del *corpus iuris* de la obtención de pruebas transfronterizas en la EU.

Por último, consideramos que con la inclusión de las vigilancias transfronterizas en el elenco de medios de investigación practicables a través de una EIO, se aportarían unas mayores garantías a la información u objetos que se obtuviesen durante la materialización de este tipo de medida de investigación, dado que en el SA no hay mención alguna al modo en que han de obtenerse las pruebas durante la vigilancia, ni en los efectos que podrán desplegar dichos elementos. Todo ello redundaría, en definitiva en un incremento de la eficacia procesal de los resultados obtenidos en dichas vigilancias.

CAPÍTULO VII. CONCLUSIONES

A lo largo de los seis capítulos del trabajo hemos ido desarrollando los estudios necesarios para alcanzar el principal objetivo del mismo que, como ya se señaló, consiste en efectuar propuestas legislativas de reforma, o de índole organizativa, que contribuyan a mejorar la eficacia de los instrumentos de compartición de prueba.

Tras esta labor de investigación, y teniendo en cuenta las recapitulaciones concretadas al final de cada capítulo del trabajo, expondremos seguidamente las conclusiones alcanzadas con las que se demuestra que se ha alcanzado el objetivo inicialmente planteado y que pueden resumirse en las siguientes:

PRIMERA. Se ha identificado que buena parte de los problemas de admisibilidad que afectan a las pruebas transfronterizas dentro de la Unión Europea proceden de las diferencias entre los sistemas procesales de los Estados miembros. Se considera que esta problemática irá en aumento en los próximos años por la creciente interacción de las diferentes estructuras procesales de los países de la Unión, y ello por la posibilidad cada vez más accesible de emplear las normas procesales de un país en el territorio de otro.

SEGUNDA. Hemos determinado que con la definición de unos estándares sólidos de protección de los derechos procesales comunes a todos los Estados de la Unión Europea se contribuiría a aumentar las posibilidades de admisibilidad de los resultados obtenidos a través de cualquiera de las herramientas de cooperación penal disponibles en la Unión.

TERCERA. A través del análisis de diversas fuentes, entre las que destaca la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se ha concluido que el concepto de proceso equitativo, contemplado en el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y en el 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, es el punto de partida idóneo para conseguir una mínima armonización del derecho procesal europeo que facilite la implementación de los

instrumentos de cooperación procesal y la posterior admisibilidad de los medios de prueba obtenidos a través de los mismos. Consideramos este principio como el punto válido de partida por el carácter integrador que caracteriza al derecho a un proceso equitativo, sobre el que el alto tribunal de Estrasburgo ha cimentado su criterio sobre la legitimidad o no de los procesos penales que tienen lugar en los Estados firmantes del Convenio y que bien podría integrar al resto de derechos que amparan al investigado.

CUARTA. Hemos concluido que el derecho a un proceso equitativo, definido parcialmente por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, requiere una mayor concreción que posibilite su aplicación práctica al proceso de obtención de prueba transfronteriza en la Unión. En este sentido, el alto tribunal únicamente ha determinado la incompatibilidad de un proceso equitativo con la existencia de torturas, de un trato inhumano a los investigados, o con la vulneración de su derecho a no auto-incriminarse. Sin embargo, para determinar si la violación del resto de derechos del investigado suponen *per se* una quiebra de la equidad del proceso, el Tribunal recurre a un juego de equilibrios de difícil predicción que dificulta la aplicación práctica y directa del derecho a un proceso equitativo para determinar la validez de un elemento probatorio transnacional.

QUINTA. Se ha determinado que la concreción del derecho a un proceso equitativo, y la consecuente estandarización de los derechos procesales de los Estados miembros, debe materializarse a través de una norma propia del derecho de la Unión que establezca las líneas procesales generales que han de aplicarse en la práctica de los actos de investigación, para considerar que la obtención de un medio de prueba no vulnera dicho derecho.

SEXTA. A tenor de lo dispuesto en el artículo 82.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y de la necesidad de suavizar el acople de la normativa europea con los sistemas procesales nacionales, se ha establecido que la norma que detalle el derecho a un proceso equitativo y que contribuya a la estandarización de las normas procesales

europas debe adoptar el formato de Directiva, a la que hemos denominado “Directiva de Estándares Procesales”.

SÉPTIMA. Se ha identificado que la Unión Europea ya ha avanzado pasos en la protección de los elementos que componen el derecho a un proceso equitativo a través de la aprobación de diversas directivas, aunque de una manera parcial e incompleta. Estas Directivas regulan aspectos como la interpretación y la traducción en los procesos penales; el derecho a la información en los procesos penales; y el derecho a la asistencia letrada en los procesos penales y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad. No obstante, las citadas directivas no comprenden la totalidad de aspectos que pueden considerarse integrados en el derecho a un proceso equitativo.

OCTAVA. Hemos detectado carencias en la Directiva 2010/64/EU del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales, concretadas en la limitación del derecho a la traducción únicamente a aquellos documentos que reciben la consideración de esenciales. En este sentido, consideramos que el derecho a la información de los investigados se deja al albur de la interpretación del término “esencial”, no exento de ambigüedad.

NOVENA. Se ha determinado que el derecho esencial que protege la Directiva 2013/48/EU del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia letrada en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad, resulta protegido de un modo incompleto por las siguientes razones:

- No declara como irrenunciable el derecho a la asistencia letrada.
- No establece como obligatoria la presencia del abogado en aquellos actos de investigación en los que intervenga el afectado.
- No contempla el derecho del investigado a no declarar en su contra.

DÉCIMA. Hemos determinado que para comenzar a configurar el contenido de una “Directiva de Estándares Procesales” que concrete el derecho a un proceso equitativo y permita su aplicación práctica, debemos partir del análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos acerca de la valoración de las posibles vulneraciones de ese derecho. A esta base jurisprudencial ha de añadirse, con las debidas correcciones, el contenido de las directivas de protección de los derechos del investigado que ya han sido aprobadas por la Unión Europea y que se han mencionado en la conclusión séptima.

DÉCIMA PRIMERA. Se ha concluido que el proceso de obtención de pruebas transnacionales entre los diferentes Estados miembros se encuentra, en su totalidad, sometido a la normativa comunitaria, sin perjuicio de que cada país pueda establecer niveles superiores de protección de los derechos de los investigados en casos estrictamente nacionales. Es decir, que los países de la Unión tendrían que acatar lo dispuesto en la “Directiva de Estándares Procesales” durante el proceso completo de obtención de pruebas, ya sea al llevar a cabo un acto de investigación cuando se trate del Estado requerido, o cuando en su papel de Estado requirente deban dar por válida la obtención de la prueba por parte de otro Estado miembro que haya cumplido con lo dispuesto en esa hipotética Directiva.

DÉCIMA SEGUNDA. Para cumplir con el concepto de un proceso equitativo, se ha determinado como indispensable dotar de la necesaria protección a los derechos que amparan al investigado en el proceso penal. A través de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y al margen de los mencionados derechos a no ser objeto de torturas o trato vejatorio, o a no auto-incriminarse, ocupa un lugar destacado la protección del derecho de defensa de los afectados, detallado en el artículo 6.3 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos, con los matices que ha ido incorporando el propio tribunal a través de su jurisprudencia.

DÉCIMA TERCERA. Hemos detectado que actualmente el investigado ve mermadas sus posibilidades de ejercer su derecho de defensa con las debidas garantías cuando se

trata de una investigación en la que aparece una prueba transnacional. Y ello por intervenir diferentes sistemas procesales que suman complejidad al empleo de las herramientas de cooperación procesal existentes. Para solucionarlo, hemos propuesto la creación de una institución que consiga que un investigado no parta en desventaja en cuanto a su defensa, ni pueda alegar indefensión, cuando en el transcurso de una investigación que le afecte sea necesario practicar una prueba en otro Estado miembro. Hemos denominado a esta institución como “defensor europeo”, o “Eurodefensor”, y la concebimos como una institución central que podría tener carácter independiente o formar parte de EUROJUST.

DÉCIMA CUARTA. Consideramos que, en un futuro inmediato, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea deberá tener un papel más importante en la protección de los derechos de los investigados, debido principalmente a la adopción de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea como derecho originario de la Unión Europea y a la entrada en plena eficacia de la Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014, relativa a la Orden Europea de Investigación en Materia Penal. También contribuirá al incremento de su relevancia, su papel como garante del cumplimiento y de la correcta interpretación de las normas comunitarias en materia de cooperación penal, teniendo en cuenta la existencia cada vez más numerosa de normas europeas en el ámbito del Espacio de Seguridad Libertad y Justicia.

DÉCIMA QUINTA. Si apostamos porque el Tribunal de Justicia contribuya a dotar de mayor eficacia y garantías a la compartición de las pruebas transfronterizas en la Unión, debería reformarse el reparto de sus funciones entre los diferentes órganos que lo componen. Todo ello para mantener unos niveles adecuados de agilidad en su actuación, de manera que redunde en una protección eficaz de las garantías procesales de los investigados y que contribuya a respetar el derecho a un proceso equitativo a conforme a lo previsto en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

DÉCIMA SEXTA. Hemos concretado que la reforma del Tribunal de Justicia de la Unión Europea debería pasar por habilitar al Tribunal General para que entienda de las cuestiones prejudiciales ajenas al ámbito penal, de modo que el Tribunal de Justicia resuelva únicamente los planteamientos relativos al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia dejando los asuntos de diferente naturaleza al Tribunal General, consiguiendo así aligerar la carga de trabajo del primero y evitando un eventual colapso por exceso de actividad en el conjunto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

DÉCIMA SÉPTIMA. Con el fin de que los investigados no vean mermado su derecho de defensa en aquellos casos en los que entra en juego una prueba transnacional, se ha determinado que la propia “Directiva de Estándares Procesales” deberá obligar a los Estados miembros a que aseguren, como vía de recurso, que los afectados puedan instar en sus tribunales nacionales la posibilidad de plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por un posible incumplimiento de lo contenido en dicha Directiva. Este recurso podría plantearse únicamente por aquellos que ostenten el papel de víctimas, tal y como lo contempla el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para las posibles vulneraciones del contenido del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

DÉCIMA OCTAVA. Para fortalecer la eficacia procesal de las pruebas transnacionales obtenidas, hemos concluido que la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002, sobre Equipos Conjuntos de Investigación, requiere una reforma legislativa en profundidad que sustituya dicha norma por una Directiva en la que se apliquen los siguientes cambios:

- Evitar que las circunstancias que condicionan la actividad de los Equipos Conjuntos de Investigación dependan exclusivamente del acuerdo entre quienes lo componen, para conseguir un aceptable grado de automatismo.
- Tasar, limitar y concretar una serie de motivos de denegación para la formación de un Equipo Conjunto de Investigación.

- Eliminar la intervención de las autoridades administrativas en el proceso de decisión referente a la constitución y funcionamiento de un Equipo Conjunto de Investigación.

DÉCIMA NOVENA. Se ha determinado que la Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014, relativa a la Orden Europea de Investigación en Materia Penal, requiere una reforma legislativa que corrija los defectos estructurales que ha puesto de manifiesto su empleo por parte de quienes la utilizan en investigaciones transnacionales, tales como:

- Concretar qué disposiciones deroga y cuáles no, de aquellas contempladas por el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal de 1959, el Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen de 1990 y el Convenio de Asistencia Judicial en Materia Penal de 2000.
- Expresar de manera positiva que el principio de especialidad no es de aplicación en los casos de obtención de prueba transfronteriza a través de una Orden Europea de Investigación, dado que un elemento probatorio obtenido para la investigación de un delito puede emplearse para esclarecer otro tipo delictual siempre y cuando esta otra conducta criminal entre dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014, relativa a la Orden Europea de Investigación en Materia Penal.
- Definir con claridad cuándo un Estado puede suponer que un caso doméstico puede considerarse similar al planteado por el país requirente, en aras de aplicar o no un motivo de denegación determinado.

VIGÉSIMA. Se ha concluido que la reforma de la Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014, relativa a la Orden europea de Investigación en Materia Penal, debe contemplar además del blindaje de ciertos actos de investigación (art. 10.2 de la Directiva) cuya ejecución no puede ser negada en ningún caso por el Estado receptor, que estas mismas medidas de investigación no puedan ser sustituidas por otras, siguiendo el criterio del país encargado de llevarla a cabo. Todo ello con el fin de dotar de la fiabilidad necesaria al funcionamiento de la

Orden, de modo que no deje a la interpretación subjetiva del Estado receptor la oportunidad de llevar a cabo un determinado acto de investigación.

VIGÉSIMA PRIMERA. Si se quiere cumplir con el objetivo de que la Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014, relativa a la Orden Europea de Investigación en Materia Penal, constituya una herramienta integral que regule todo acto de investigación llevado a cabo para obtener una prueba transfronteriza entre Estados miembros, consideramos que deben subsanarse ciertas carencias en cuanto a disposiciones específicas para materializar determinadas medidas que resultan esenciales en una investigación criminal. Entre ellas destacan la obtención de la prueba electrónica, la toma y cotejo de muestras biológicas, y la instalación de determinados medios técnicos.

VIGÉSIMA SEGUNDA. Para incrementar las posibilidades de obtención de una prueba transfronteriza de ADN procesalmente eficaz, se ha establecido que la reforma a la que se someta la Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014, relativa a la Orden Europea de Investigación en Materia Penal, o una norma que la complemente, debe sentar las bases en cuanto a un protocolo común de obtención de la muestra biológica y que, al menos, ha de reflejar una referencia en cuanto a las cuestiones científico-tecnológico y de probabilidad que han de aplicarse en el cotejo de dicho tipo de muestras.

VIGÉSIMA TERCERA. En consonancia con el empleo cada vez mayor de los medios tecnológicos en la investigación penal, se ha concluido que la reforma que se aplique a la Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014, relativa a la Orden Europea de Investigación en Materia Penal, debe detallar la legislación procesal a aplicar en cada fase de la instalación y explotación de los dispositivos técnicos de seguimiento y de captación de comunicaciones orales. Todo ello con la finalidad de aumentar la eficacia procesal de los resultados obtenidos a través de la instalación de estos medios. En concreto, ha de contemplar:

- Que la instalación del medio se ciña a la normativa procesal del país en que se encuentre el objeto en que se instale en ese momento.
- Que la explotación remota del medio instalado se lleve a cabo respetando la normativa procesal del Estado en que se encuentre en el investigado en cada momento.

VIGÉSIMA CUARTA. En aras de incrementar la seguridad jurídica del investigado, y de respetar la soberanía de los Estados miembros, se ha establecido que la reforma de la Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014, relativa a la Orden Europea de Investigación en Materia Penal, ha de extender a los medios de captación de audio, la obligación de comunicar a los Estados de tránsito la circunstancia de que en su territorio hay un investigado sometido a una intervención telefónica tal y como se contempla en el artículo 31 de la Directiva.

VIGÉSIMA QUINTA. Con la doble finalidad de aumentar la eficacia del traslado de condenados y de reforzar el papel de herramienta integral a la que aspira la Orden Europea de Investigación, hemos determinado que la detención y traslado de un sujeto, exclusivamente cuando la finalidad de estas acciones sea la de llevar a cabo medidas de investigación ha de ser objeto de regulación exclusiva de la Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014, relativa a la Orden Europea de Investigación en Materia Penal, dejando para la Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, aquellos casos en los que se trate del trasladar a sujetos ya condenados.

VIGÉSIMA SEXTA. Se ha establecido que si la Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014, relativa a la Orden Europea de Investigación en Materia Penal, pretende ser una herramienta integral de obtención de pruebas no debe excluir las vigilancias transfronterizas entre las medidas que regula, dado que se trata de un acto más de investigación que se lleva a cabo con frecuencia en la lucha contra la criminalidad organizada. La inclusión de las vigilancias transfronterizas en el elenco de actos de investigación que contempla la Directiva

2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014, relativa a la Orden Europea de Investigación en Materia Penal vendría, además, a llenar un vacío legislativo en cuanto al modo concreto en que han de materializarse dichas vigilancias y a aumentar las garantías procesales con las que se llevan a cabo.

VIGÉSIMA SÉPTIMA. Hemos determinado como indispensable una mayor intervención de la Red Judicial Europea y de EUROJUST en el funcionamiento de las herramientas de compartición de pruebas disponibles en la Unión Europea. En concreto, se ha identificado como necesaria la intervención preceptiva de la Red Judicial Europea en la tramitación de las Orden Europea de Investigación. Todo ello con la finalidad de facilitar la ejecución de las herramientas de compartición de pruebas y de sentar criterios unificados en la resolución de las dudas e inconvenientes que surgen de la aplicación de las mismas.

VIGÉSIMA OCTAVA. Para conseguir un uso extendido y adecuado de los instrumentos de compartición de pruebas, hemos determinado que es esencial incrementar y estructurar la formación de los profesionales que están destinados a emplear las herramientas de compartición de pruebas en la Unión Europea, con la finalidad de dotarles de los conocimientos necesarios en dichos instrumentos y en las particularidades de los sistemas procesales de los Estados miembros. En este campo es importante la participación activa de EUROJUST, de la Red Judicial Europea y de EUROPOL.

VIGÉSIMA NOVENA. Tomando como punto de partida las conclusiones de este trabajo, se han identificado diversas líneas futuras de investigación que son las siguientes:

1. Como principal línea de desarrollo del área de estudio tratada, se propone la concreción de la estructura completa y del contenido específico que habría de contener la futura “Directiva de Estándares Procesales”, cuyas líneas generales se han esbozado en este trabajo.

2. Como segunda línea para una futura investigación, consideramos preciso llevar a cabo un estudio de derecho comparado en el marco de la Unión Europea que contribuya a establecer las disposiciones específicas que han de regular la toma de muestras de ADN y su posterior cotejo.

3. Como tercera y última línea de investigación, se propone un estudio de las particularidades tecnológicas y jurídicas a las que están sometidas la instalación y explotación de medios técnicos de investigación en los diferentes Estados miembros, con el fin de contribuir a la armonización de las normas que las regulen.

BIBLIOGRAFÍA

Aguilera Morales, M., “El exhorto europeo de investigación: a la búsqueda de la eficacia y la protección de los derechos fundamentales en las investigaciones penales transfronterizas”, *Boletín del ministerio de justicia estudio doctrinal*, nº 2145, 2012.

Alcolado Chico, M.T., “La evolución hacia la moderna funcionalidad del agente encubierto: incidencia de las nuevas reglas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *Revista Jurídica de Asturias*, nº 39, 2016.

Arangüena Fanego, C., “Orden europea de investigación: aspectos generales del nuevo instrumento de obtención de prueba penal transfronteriza”, en González Cano, M.I. (Coord.), *Orden Europea de Investigación y Prueba Transfronteriza en la Unión Europea*, ed. Tirant, 2019.

Arangüena Fanego, C., “Orden europea de investigación: próxima implementación en España del nuevo instrumento de obtención de prueba penal transfronteriza”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 58, 2017.

Arroyo Zapatero, L., Nieto Martín, A., *El Derecho Penal de la EU: situación actual y perspectivas de futuro*, ed. Universidad de Castilla-La Mancha, 2007.

Bachmaier Winter, L., “El exhorto europeo de obtención de pruebas en el proceso penal. Estudio y perspectivas de la propuesta de Decisión Marco”, en Armenta Deu, T. (Coord.), *El derecho procesal penal en la Unión Europea. Tendencias actuales y perspectivas de futuro*, ed. Cóllex, 2006.

Bachmaier Winter, L., “European Investigation Order for Obtaining Evidence in the Criminal Proceedings: Study of the proposal for an European Directive”, *Zis*, nº 41, 2010.

Bachmaier Winter, L., “La Orden Europea de investigación y el principio de proporcionalidad”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 25, 2011

Bachmaier Winter, L., “La propuesta de Directiva europea sobre la investigación penal: valoración crítica de los motivos de denegación.”, *Diario La Ley*, nº 7992, 2012

Bachmaier Winter, L., “Prueba transnacional penal en Europa: la Directiva 2014/41 relativa a la orden europea de investigación”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 36, 2015.

Bakker, E.; Powderly, J., “Dealing with transnational terrorism, the concept and practice of Joint Investigation Teams”, *Security and Human Rights*, nº1, 2011.

Bellido Penedés, R., *La extradición en derecho español, normativa interna y convencional: Consejo de Europa y Unión Europea*, ed. Cívitas, 2001.

Borges Blázquez, R., “El proceso legislativo ordinario para la creación de un proceso penal europeo, ¿Existe confianza mutua entre los Estados?”, en González Cano, M.I. (Coord.), *Orden Europea de Investigación y Prueba Transfronteriza en la Unión Europea*, ed. Tirant, 2019.

Cabezudo Bajo, M. J., “Avance hacia un juicio penal íntegramente telemático mediante un uso más generalizado de la videoconferencia: eficiencia y derechos fundamentales”, *Revista General de Derecho Procesal (IUSTEL)*, nº 52, 2020.

Cabezudo Bajo, M.J., “Planteamiento para un uso eficaz de la prueba de ADN a nivel nacional y transfronterizo”, en González Cano, M.I. (Coord.), *Orden Europea de Investigación y Prueba Transfronteriza en la Unión Europea*, ed. Tirant, 2019.

Cabezudo Bajo, M.J., *Propuestas para una regulación armonizada de la obtención de la prueba de ADN como prueba científica-tecnológica de probabilidad en el proceso penal*, ed. Aranzadi, 2017.

Carmona Bermejo, J., “Instituciones de apoyo a la Cooperación: Red Judicial Europea, Eurojust, Europol, Interpol, Magistrados de Enlace, IberRed”, en Arnáiz Serrano, A. (Coord.), *Cooperación Judicial Penal en Europa*, ed. UC3M. 2013.

Castillejo Manzanares, R., “Espacio Schengen”, en Arnáiz Serrano, A. (Coord.), *Cooperación judicial penal en Europa*, ed. Dykinson, 2013.

Cedeño Hernán, M., “La orden de detención y entrega europea. Especial consideración del non bis in ídem como motivo de denegación”, en Armenta Deu, T. (Coord.), *El derecho procesal penal en la Unión Europea. Tendencias actuales y perspectivas de futuro*, ed. Cóllex, 2006.

Choclán Montalvo, J.A., “Delincuencia transfronteriza y Equipos Conjuntos de Investigación”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 13, 2003.

De Jorge Mesas, L.F., *Las claves del sistema de reconocimiento mutuo. Soberanía compartida, interoperabilidad de los sistemas jurídicos y garantía procesal del reconocimiento*, ed. Servicio de Publicaciones y Divulgación Científica de la UMA, 2009.

De Miguel Zaragoza, J., “El espacio jurídico-penal del Consejo de Europa. Política común de Justicia e Interior en Europa”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 23, 1995.

De Palacio del Valle de Lersundi, U.; De Palacio del Valle de Lersundi, J.M., “El Tribunal Europeo de derechos Humanos (I). El sistema de protección de los derechos humanos del Consejo de Europa”, en Signes de Mesa, J.I. (Coord.), *Derecho Procesal Europeo*, ed. Iustel, 2019.

Del Pozo Pérez, M., “La orden europea de detención y entrega: un avance en el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales entre los Estados de la Unión Europea”, *Diario La Ley*, nº 6164, 2005.

Domínguez Ruiz, L., *La Orden Europea de Investigación. Análisis legal y aplicaciones prácticas*, ed. Tirant, 2019.

Estévez Mendoza, M., “El traslado temporal de personas privadas de libertad al amparo de la orden europea de investigación: especialidades según la regulación española”, en González Cano, M.I. (Coord.), *Orden Europea de Investigación y Prueba Transfronteriza en la Unión Europea*, ed. Tirant, 2019.

Fiodorova, A., “Emisión de la Orden Europea de Investigación desde la perspectiva del derecho a solicitarla”, en González Cano, M.I. (Coord.), *Orden Europea de Investigación y Prueba Transfronteriza en la Unión Europea*, ed. Tirant, 2019.

Fordham, M. ; De La Mare, T., “Identifying the principles of Proportionality”, en Jowell, J. (Coord.), *Understanding Human Rights Principles*, ed. Hart, 2001.

García Moreno, J.M., “Cincuenta años del Convenio de asistencia judicial en materia penal de 1959”, *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, nº 4, 2009.

Gascón Inchausti, F., “En torno a la creación de un derecho procesal penal europeo”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 23, 2007.

Gascón Inchausti, F., *La construcción de un derecho procesal penal europeo: tendencias actuales y perspectivas de futuro*, ponencia presentada al Congreso Internacional de Derecho Penal organizado por la Universidad Autónoma de México los días 19 a 23 de junio de 2006.

Gascón Inchausti, F., “La eficacia de las pruebas penales obtenidas en el extranjero al amparo del régimen convencional: apogeo y declive del principio de no indagación”, en González Cano, M.I. (Coord.), *Orden Europea de Investigación y Prueba Transfronteriza en la Unión Europea*, ed. Tirant, 2019.

Gascón Inchausti, F., "Mutuo reconocimiento de resoluciones judiciales en la EU y decomiso de bienes", *Cuadernos Digitales de Formación*, nº 6, 2010.

Gavilán Rubio, M., "La cooperación judicial y policial europea. La orden europea de detención y entrega". *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, nº 47, 2014.

Gisèle Vernimmen-Van Tiggelen, G.; Surano, L., "Analysis of the future of mutual recognition in criminal matters in de EU", *Eclan*, nº17, 2008, puede consultarse en:
https://www.advokatsamfundet.se/globalassets/advokatsamfundet_sv/nyheter/slutrapport_mutual_recognition_eng.pdf

Gualtieri, C., "Joint Investigation Teams", *ERA Forum*, nº 8, 2007.

Hernández López, A., "Reflexiones en torno a la exclusión de los Equipos Conjuntos de Investigación en la Directiva 2014/41/UE", en González Cano, M.I. (Coord.), *Orden Europea de Investigación y Prueba Transfronteriza en la Unión Europea*, ed. Tirant, 2019.

Jimeno Bulnes, M., "La orden europea de detención y entrega: aspectos procesales", *La Ley*, nº 5979, 2004.

Jimeno Bulnes, M., "Régimen y experiencia práctica de la Orden de Detención y Entrega", en Arangüena Fanego, C. (Coord.), *Orden Europea de Detención Entrega y garantías procesales*, ed. Tirant, 2011.

López Barja de Quiroga, J., "La legitimación de la acusación en relación con los derechos fundamentales", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 334, 1988.

López Escudero, M., "El Juez nacional como juez de la Unión y la aplicación del derecho de la UE en los Derechos Internos", en Signes de Mesa, J.I. (Coord.) *Derecho Procesal Europeo*, ed. Iustel, 2019.

Marcos Francisco, D., "De la extradición a la Orden Europea de Detención y Entrega, primer instrumento de cooperación judicial internacional en materia penal en el ámbito de la Unión Europea", *Cuadernos de Derecho Público*, nº 27, 2006.

Martín García, A.; Bujosa Vadell, L., *La obtención de prueba en materia penal en la Unión Europea*, ed. Atelier, 2016.

Martín Martínez, M.M., "La Implementación y aplicación de la Orden Europea de Detención y Entrega: luces y sombras". *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 10, 2006.

Martínez García, E., *La Orden Europea de Investigación. Actos de Investigación, Ilicitud de la Prueba y Cooperación judicial transfronteriza*, ed. Tirant, 2016.

Moreno Catena, V.; Cortes Domínguez, V., *Derecho Procesal Penal*, ed. Tirant, Valencia, 2019.

Nieto Marín, A., "Fundamentos constitucionales del sistema europeo de derecho penal", *Estudios de Derecho Judicial*, nº 61, 2004.

Ormazábal Sánchez, G., "La formación del espacio judicial europeo en materia penal", en Armenta Deu, T. (Coord.), *El derecho procesal penal en la Unión Europea. Tendencias actuales y perspectivas de futuro*, ed. Cóllex, 2006.

Peiteado Mariscal, P., "¿Es acertado fundar la denegación de la ejecución de una OEI en la potencial vulneración de derechos fundamentales por parte del Estado emisor?", en González Cano, M.I. (Coord.), *Orden Europea de Investigación y Prueba Transfronteriza en la Unión Europea*, ed. Tirant, 2019.

Pérez Gil, J., "El Convenio de asistencia judicial en materia penal entre Estados miembros de la Unión Europea: ¿un instrumento anclado en coordenadas superadas?", *Diario La Ley*, nº 6208, 2005.

Rodríguez-Medel Nieto, C., *Obtención y admisibilidad en España de la prueba penal transfronteriza. De las comisiones rogatorias a la orden europea de investigación*, ed. Universidad Complutense de Madrid, 2017.

Sayers, D., "The European Investigation Order. Travelling without a roadmap", *CEPS*, nº 30, 2011.

Schünemann, B., "¿Peligros para el estado de derecho a través de la europeización de la administración de justicia penal?", en Armenta Deu, T. (Coord.), *El derecho procesal penal en la Unión Europea. Tendencias actuales y perspectivas de futuro*, ed. Cóllex, 2006.

Signes de Mesa, J. I., "Los Tribunales de justicia de la Unión Europea. El tribunal de Justicia y el Tribunal General", en Signes de Mesa, J.I. (Coord.) *Derecho Procesal Europeo*, ed. Iustel, 2019.

Spapens, T., "Joint Investigation Teams in the European Union: Article 13 JIT and the Alternatives", *European Journal of Crime*, nº 19, 2011

Téllez Aguilera, A., "Nuevas posibilidades de cooperación en la ejecución penal en el marco del Tratado de Lisboa y del Programa de Estocolmo", *La ley penal revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 74, 2010.

Vallines García, E., "Los Equipos Conjuntos de Investigación en la EU", en Armenta Deu, T. (Coord.), *El derecho procesal penal en la Unión Europea. Tendencias actuales y perspectivas de futuro*, ed. Cóllex, 2006.

Van Oustrive, L., "Historia del Acuerdo y del Convenio de Schengen", *Revista d'Afers Internacionals*, nº 55, 2001.

Vernimmen-Van Tiggelen; G. y Surano, L., *Analysis of the mutual recognition in criminal matters in the European Union*, ed. Institute for European Studies, Bruselas, 2008, p. 10-11; o Ormazábal Sánchez, G., “La formación del espacio judicial europeo en materia penal”, en Armenta Deu, T. (Coord.), *El derecho procesal penal en la Unión Europea. Tendencias actuales y perspectivas de futuro*, ed. Cóllex, 2006.

Zaharieva, R., “The European Investigation Order and the Joint Investigation Team- which road to take”, *Academy of European Law*, nº 37, 2017.

DOCUMENTOS

Comisión Europea. *Informe de la Comisión Sobre la transposición legal de la Decisión marco del Consejo de 13 de junio de 2002 sobre equipos conjuntos de investigación, 2005, puede consultarse en:*

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52004DC0858>

Comisión Europea, *Making it easier to obtain evidence in criminal matters from one Member State to another and ensuring its admissibility*, 2009, puede consultarse en:

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_09_497

Consejo Fiscal, *Informe del Consejo Fiscal en Relación con la problemática relativa a los Equipos Conjuntos de Investigación*, 2014, puede consultarse en:

<https://www.fiscal.es/documents/20142/102607/Informe+del+Consejo+Fiscal+sobre+Equipos+Conjuntos+de+Investigaci%C3%B3n.pdf/99f801c7-f19f-a4cc-e41e-a2c6f2ecfea2?version=1.1&previewFileIndex=>

EUROJUST, *Eurojust meeting on the European investigation order. Outcome Report*, 2018, puede consultarse en:

http://www.ejtn.eu/Documents/About%20EJTN/Criminal%20Justice%202019/CJSWG%20Lisbon/2018-12_Outcome-Report_Eurojust-meeting-on-EIO-Sept2018_EN.pdf

EUROJUST, *Informe Anual de Eurojust de 2017, 2018*, puede consultarse en:
http://www.eurojust.europa.eu/doclibrary/corporate/eurojust%20Annual%20Reports/Annual%20Report%202017/AR2017_ES.pdf

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. *Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2017, 2018*, p. 817, puede consultarse en:
https://www.fiscal.es/memorias/memoria2017/FISCALIA_SITE/index.html

Fiscalía General del Estado. *Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2018, 2019*, p. 922, puede consultarse en:
https://www.fiscal.es/memorias/memoria2019/FISCALIA_SITE/index.html

Jefatura de Policía Judicial de la Guardia Civil, *Instrucción Técnica 25/2017, de 10 de febrero, 2017*.

Jefatura de Policía Judicial de la Guardia Civil. *Instrucción técnica núm. 26/2018, de 25 de mayo, sobre comunicaciones internacionales en el ámbito de la policía judicial, 2018*

Joint Investigation Teams National Experts Network, *Second JIT Evaluation Report, 2018*, puede consultarse en:
[http://eurojust.europa.eu/doclibrary/JITs/JITsevaluation/Second%20JIT%20Evaluation%20Report%20\(Febbruary%202018\)/2018-02_2nd-Report-JIT-Evaluation_EN.pdf](http://eurojust.europa.eu/doclibrary/JITs/JITsevaluation/Second%20JIT%20Evaluation%20Report%20(Febbruary%202018)/2018-02_2nd-Report-JIT-Evaluation_EN.pdf)

Red Judicial Europea. *Conclusions 2018 on the European Investigation Order, 2018*, p. 9, puede consultarse en:
http://www.ejtn.eu/Documents/About%20EJTN/Criminal%20Justice%202019/CR201902_Barcelona/EJN%20Conclusions%202018%20on%20the%20European%20Investigation%20Order-EN.pdf

Secretaría del Consejo de la EU, *Conclusions of the second meeting of the national Experts on Joint Investigation Teams, 2006*, puede consultarse en:

<http://www.eurojust.europa.eu/doclibrary/JITs/JITs%20meetings/Conclusions%20of%20the%202nd%20Meeting%20of%20National%20Experts%20on%20Joint%20Investigation%20Teams/15023-2006-11-21-EN.pdf>

Secretaría del Consejo de la EU, *Conclusions of the third meeting of National Experts on Joint Investigation Teams*, 2007, puede consultarse en:

<http://www.eurojust.europa.eu/doclibrary/JITs/JITs%20meetings/Conclusions%20of%20the%203rd%20Meeting%20of%20National%20Experts%20on%20Joint%20Investigation%20Teams/5526-2008-01-22-EN.pdf>

Secretaría del Consejo de la EU, *Conclusions of the fourth meeting of National Experts on Joint Investigation Teams*, 2008, puede consultarse en:

<http://www.eurojust.europa.eu/doclibrary/JITs/JITs%20meetings/Conclusions%20of%20the%204th%20Meeting%20of%20National%20Experts%20on%20Joint%20Investigation%20Teams/17512-2008-12-19-EN.pdf>

Secretaría del Consejo de la EU, *Conclusions of the 7th Annual meeting of the National Experts on Joint Investigation Teams*, 2012, puede consultarse en:

<http://www.eurojust.europa.eu/doclibrary/JITs/JITs%20meetings/Conclusions%20of%20the%207th%20Meeting%20of%20National%20Experts%20on%20Joint%20Investigation%20Teams/8725-2012-04-13-EN.pdf>

Secretaría del Consejo de la EU, *Conclusions of the 9th Annual meeting of the National Experts on Joint Investigation Teams*, 2013, puede consultarse en:

<http://www.eurojust.europa.eu/doclibrary/JITs/JITs%20meetings/Conclusions%20of%20the%209th%20Meeting%20of%20National%20Experts%20on%20Joint%20Investigation%20Teams/7259-2014-03-04-EN.pdf>

Secretaría del Consejo de la EU, *Conclusions of the 13th Annual Meeting of National Experts on Joint*, 2017, puede consultarse en:

http://www.eurojust.europa.eu/doclibrary/JITs/JITs%20meetings/Conclusions%20of%20the%2013th%20Meeting%20of%20National%20Experts%20on%20Joint%20Investigation%20Teams/15501_2017_EN.pdf

Secretaría del Consejo de la EU. *Extracts from Conclusions of Plenary meetings of the EJM concerning the practical application of the EIO, 2017*, puede consultarse en:
https://www.ejm-crimjust.europa.eu/ejm/EJM_RegistryDoc/EN/2374/84/0

Secretaría del Consejo de la EU, *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, 2000*, puede consultarse en:
<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/8fb2c588-5bcc-42d4-a8a2-7a5bcca8bb1b/language-es/format-PDF>

Secretaría del Consejo de la EU, *Joint Investigation Teams Practical Guide, 2017*, puede consultarse en:
<http://www.eurojust.europa.eu/doclibrary/JITs/JITs%20framework/JITs%20Practical%20Guide/JIT-GUIDE-2017-EN.pdf>

Secretaría del Consejo de la EU, *Joint paper: Assistance in International Cooperation in Criminal Matters for Practitioners, 2018*, puede consultarse en:
https://www.ejm-crimjust.europa.eu/ejnuupload/StaticPages/EJM-EJ-paper-on-judicial-cooperation-in-criminal-matters_2018-01_EN.pdf

Secretaría del Consejo de la EU, *Manual de los Equipos Conjuntos de Investigación, 2011*, puede consultarse en:
<http://www.eurojust.europa.eu/doclibrary/JITs/JITs%20framework/JITs%20Practical%20Guide/JIT-GUIDE-2017-ES.pdf>

Secretaría del Consejo de la UE. *Nota conjunta de Eurojust y de la Red Judicial Europea sobre la aplicación práctica de la Orden Europea de Investigación, 2019*, puede consultarse en:

[http://eurojust.europa.eu/doclibrary/Eurojust-framework/Casework/Joint%20note%20of%20Eurojust%20and%20the%20EJN%20on%20the%20practical%20application%20of%20the%20European%20Investigation%20Order%20\(June%202019\)/2019-06-Joint_Note_EJ-EJN_practical_application_EIO_ES.pdf](http://eurojust.europa.eu/doclibrary/Eurojust-framework/Casework/Joint%20note%20of%20Eurojust%20and%20the%20EJN%20on%20the%20practical%20application%20of%20the%20European%20Investigation%20Order%20(June%202019)/2019-06-Joint_Note_EJ-EJN_practical_application_EIO_ES.pdf)

Tribunal de Justicia de La Unión Europea, *Informe anual 2018. Actividad Judicial*. puede consultarse en:

https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2019-08/ra_2018_es_cover_web.pdf

UTPJ, Newsletter-RECI 01/2016. *Joint Investigations Teams*, 2016.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (ECHR)

Sentencia del ECHR de 19 de diciembre de 1989, nº 9783/82, caso *Kamasinski*.

Sentencia del ECHR de 25 de febrero de 1993, nº 12661/87, caso *Funke*.

Sentencia del ECHR de 11 de mayo de 1988, nº 10889/84, caso *C*.

Sentencia del ECHR del 12 de julio de 1988, nº 10862/84, caso *Schenk*.

Sentencia del ECHR de 24 de abril de 1990, nº 1801/85, casos *Huvig y Kruslin*

Sentencia del ECHR de 25 de marzo de 1999, nº 25444/94, caso *Pélissier y Sassi*.

Sentencia del ECHR del 16 de febrero de 2000, nº 28901/95 caso *Rowe y Davis*

Sentencia del ECHR de 25 de julio de 2000, nº 23969/94, caso *Mattoccia*.

Sentencia del ECHR de 3 de mayo de 2007, nº C-303/05, caso *Advocaten voor de Wereld*

Sentencia del ECHR de 29 de junio de 2007, nº 25624/02, caso *O'Halloran y Francis*

Sentencia del ECHR del 3 de junio de 2010, nº 22978/05, caso *Gäfgen*.

Sentencia del ECHR de 16 de noviembre de 2010, nº C-261, caso *Mantello*

Sentencia del ECHR de 1 de junio de 2016, nº C-241/15, caso *Bob-Dogi*

Sentencia del ECHR del 28 de noviembre de 2017, nº 50142/13, caso *Rastoder*.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (CJEU)

Sentencia del CJEU de 26 de febrero de 1963, nº EU:C:1963:1.

Sentencia del CJEU de 20 de febrero de 1979, nº C/1979/42, caso del *Cassis de Dijon*

Sentencia del CJEU de 25 de abril de 1983, nº 8398/78, caso *Pakelli*.

Sentencia del CJEU de 16 de junio de 1981, nº C-126/80, caso *Salonia*

Sentencia del CJEU de 10 de abril de 1984, nº 14/83 EU:C:1984:153, caso *von Colson y Kamann*.

Sentencia del CJEU de 16 de junio de 2005, nº 105/2003, caso *Pupino*.

Sentencia del CJEU de 27 de noviembre de 2008, nº 36391/02, caso *Salduz*.

Sentencia del CJEU de 1 de diciembre, nº C-388/08, caso *Leymann y Pustarov*.

Sentencia del CJEU de 29 de enero de 2013, nº C-396/11, caso *Radu*.

Sentencia del CJEU de 26 de febrero de 2013, nº C-399/11, caso *Melloni*.

Sentencia del CJEU de 27 de mayo, nº C-129/14, caso *Zoran Spasic*.

Sentencias del CJEU de 5 de abril de 2016, nº C-404/15, caso *Aranyosi y Caldaru*.

Sentencia del ECHR de 13 de junio de 2019, nº 77633/16, caso *Marcello Viola*.

TRIBUNAL SUPREMO (TS)

Sentencia del TS de 9 de diciembre, nº ROJ 7041/1996.

Sentencia del TS de 16 de junio, nº ROJ 4234/1997.

Sentencia del TS de 8 de marzo, nº ROJ 1841/2000.

Sentencia del TS de 8 de abril, nº ROJ 2624/2011.

Sentencia del TS de 23 de febrero, nº ROJ 471/2017.