

BOLETÍN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

Año LXVI

Núm. 2.145

Agosto de 2012



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE JUSTICIA

ISSN: 1989-4767

NIPO: 051-12-001-1

www.mjusticia.es/bmj

Enlaces

Publicaciones del Ministerio de Justicia

Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado. <https://cpage.mpr.gob.es>

Contacto

Contacto Boletín

Edita

Ministerio de Justicia
Secretaría General Técnica

Maquetación

Subdirección General de Documentación y Publicaciones

ISSN

1989-4767

NIPO

051-12-001-1

Depósito Legal

M.883-1958

DIRECTOR
D. Antonio Pau
Registrador de la Propiedad
Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

SECRETARIO
D. Máximo Juan Pérez García
Profesor Titular de Derecho Civil

SUMARIO

AÑO LXVI • AGOSTO 2012 • NÚM. 2.145

SECCIÓN DOCTRINAL

Estudio doctrinal

—El exhorto europeo de investigación: a la búsqueda de la eficacia y la protección de los derechos fundamentales en las investigaciones penales transfronterizas

EL EXHORTO EUROPEO DE INVESTIGACIÓN: A LA BÚSQUEDA DE LA EFICACIA Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS INVESTIGACIONES PENALES TRANSFRONTERIZAS¹

MARIEN AGUILERA MORALES

Profesora Titular de Derecho Procesal. Universidad Complutense

RESUMEN

Actualmente, se debate en el Parlamento Europeo una Propuesta de Directiva relativa al Exhorto Europeo de Investigación en materia penal (EEI). La finalidad principal de esta Propuesta es favorecer la libre circulación de la prueba en los procesos penales en Europa mediante un planteamiento realmente novedoso. El objeto de este trabajo es analizar esta futura Directiva y, particularmente, el modo en que en ella se conjugan la protección de los derechos fundamentales que están en juego en la investigación delictiva y el principio de reconocimiento mutuo, que constituye la base de la norma.

ABSTRACT

Currently, an initiative regarding a European Investigation Directive in criminal matters (EIO) is being debated in the European Parliament. The main purpose of this Directive will be to facilitate the free movement of evidence related to penal processes among European member States using a totally new approach. The purpose of this paper is to examine this new approach, and, in particular, to analyze how the fundamental rights of the investigated persons are protected and the compatibility of those rights with the principle of mutual recognition, that constitutes the legal basis of the norm.

PALABRAS CLAVE

Cooperación judicial penal en la Unión Europea; libre circulación de pruebas en materia penal; Exhorto Europeo de Investigación penal; principio de reconocimiento mutuo; derechos fundamentales de la persona investigada.

KEYWORDS

Judicial cooperation in European Unión; free gathering and movement of evidence in criminal matters; European Investigation Order; principle of mutual recognition; fundamental rights of the investigated person.

¹ El presente estudio se ha realizado al amparo del Proyecto Nacional I+D (Ref. SEJ 2008-04863/JURI): «La construcción de un Derecho Procesal Europeo en el marco del Tratado de Lisboa». Investigador Principal: Andrés de la Oliva Santos. Sirva también esta nota preliminar para agradecer a los miembros del equipo que han formado parte de este Proyecto y, más extensamente, a los miembros del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad Complutense y de otras muchas Universidades españolas, su generosidad y apoyo constantes. Fecha de recepción: 10-04-2014. Fecha de aceptación: 30-04-2012

SUMARIO:

I. Introducción.

II. El novedoso planteamiento de la propuesta en aras a la libre y eficaz circulación de pruebas.

III. Ámbito de aplicación del eei: condiciones generales para su emisión y transmisión.

IV. Motivos para la denegación del EEI:

1. La efectiva salvaguarda de los derechos fundamentales en las investigaciones transfronterizas.

2. Con carácter previo: el procedimiento para la transmisión y ejecución del EEI.

2.1. Finalidad, posibles contenidos y transmisión del EEI.

2.2. Reconocimiento, ejecución y traslado de las fuentes pruebas.

2.3. Sustitución de la medida de investigación.

3. Motivos de denegación del reconocimiento o ejecución de un EEI.

V. A modo de conclusión.

BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

Hace ahora dos años —en abril de 2010—, siete Estados miembros presentaron al Parlamento Europeo y al Consejo una Iniciativa con vistas a la adopción de una Directiva relativa al exhorto europeo de investigación en materia penal² (en lo sucesivo, EEI³).

De aquel tiempo a esta parte han sido muchos los debates y trabajos que se han sucedido en aras a que esta Propuesta de Directiva llegue finalmente a fructificar. Resultado, a su vez, de estos debates y trabajos es el texto recientemente sometido al Parlamento Europeo: un texto que difiere ostensiblemente del originariamente presentado a instancia de aquellos Estados y que, en gran medida, supone la plasmación de una fórmula transaccional acerca de lo pretende ser el nuevo marco normativo para la investigación delictiva transfronteriza en el ámbito de la Unión Europea⁴.

En este orden de cosas, interesa adelantar que aquel primer texto originario pretendía alcanzar el anhelado objetivo de lograr una cooperación más eficaz en la obtención de fuentes de pruebas en materia penal⁵, siguiendo la ruta trazada al efecto por el Programa de Estocolmo⁶. Apostaba, así, por erigirse en el único instrumento que diera cobertura normativa a un sistema para la obtención de cualquier fuente de prueba con transcendencia penal, tomando para ello como referencia la flexibilidad propia del sistema tradicional de asistencia mutua y como base el principio de reconocimiento mutuo consagrado en el Tratado de Lisboa [art. 82.1 a) TFUE].

Pese a loable intención que le animaba, la Iniciativa pronto, sin embargo, se hizo acreedora de duras críticas, en su mayoría fundadas en la existencia de determinados factores que impedían erigir el principio de reconocimiento mutuo en «piedra angular» de esta específica

² El texto original de esta Iniciativa, presentada por Bélgica, Bulgaria, Estonia, España, Austria, Eslovenia y Suecia, puede encontrarse en DO C 165 de 24.6.2010. Respecto de los antecedentes de la Iniciativa, pueden verse los trabajos de AMBOS, K., «Obtención transnacional de pruebas. Diez tesis sobre el Libro Verde de la Comisión Europea sobre obtención de pruebas materiales en materia penal en otro Estado miembro, y la garantía de su admisibilidad», *Revista Penal*, nº 27, 2011, pp. 3 a 14; y de BACHMAIER WINTER, L., «European Investigation Order for obtaining evidence in the criminal proceedings; study of the Proposal for a European Directive», *Seitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, special issue 9/2010, pp. 580 a 589; y también, en lengua española, «La Orden Europea de Investigación: la Propuesta de Directiva europea para la obtención de pruebas en el proceso penal», *Revista Española de Derecho Europeo*, 2011, nº 37, pp. 74 a 79.

³ Usamos este acrónimo por ser el utilizado en la traducción española de la Propuesta de Directiva. Es de hacer notar, con todo, que su uso no parece ser el más adecuado desde la perspectiva del principio de reconocimiento mutuo que constituye su base legal, toda vez que «exhorto» es término habitual de los tradicionales instrumentos de asistencia judicial de índole convencional, mientras que lo propio de los instrumentos normativos europeos basados en el reconocimiento mutuo son términos como «mandato» u «orden», más acordes con el carácter generalmente vinculante que se liga a su ejecución. Esto sentado, es claro que resulta mucho más apropiado la utilización del acrónimo OEI (Orden Europea de Investigación) o, en inglés, EIO (*European Investigation Order*), para referirse a este instrumento normativo aún en ciernes.

⁴ El texto a que nos referimos —y que utilizamos en el presente trabajo— es el recogido por el Consejo de la Unión Europea el 9 de diciembre de 2011, Documento 18225/1/11, COPEN 356, EUROJUST 212, EJN 181, CODEC 2339. Este texto —accesible a través del enlace <http://register.consilium.europa.eu/pdf/es/11/st18/st18225-re01.es11.pdf>— ha sido presentado a la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo, que el 16 de diciembre de 2011 ya hizo público un Proyecto de resolución legislativa al respecto.

⁵ Este objetivo fue el detonante del proceso de consulta iniciado en 2009 por la Comisión, mediante la puesta en circulación del Libro Verde sobre obtención de pruebas en materia penal en otro Estado miembro y sobre la garantía de admisibilidad. COM (2009), 624, final, Bruselas, 11.11.09. A diferencia, sin embargo, del Libro Verde la Iniciativa «de los siete» no abordó el propósito de establecer una regulación unitaria en materia de admisibilidad de pruebas, dada la ausencia de consenso sobre este punto por parte de las delegaciones de los Estados miembros. En el mismo sentido, JIMENO BULNES, M., *Un proceso europeo para el siglo XXI*, Cizur Menor, 2011, p. 129.

⁶ «El Consejo Europeo —se lee en el Punto 3.1.1 del Programa de Estocolmo (2010/C 115/01)— considera que debe proseguirse la creación de un sistema general para obtener pruebas en los casos con dimensión transfronteriza, basado en el principio de reconocimiento mutuo. Los instrumentos existentes en este ámbito constituyen un sistema fragmentario. Es necesario un nuevo planteamiento, basado en el principio de reconocimiento mutuo, pero que tenga también en cuenta la flexibilidad del sistema tradicional de asistencia judicial. Este nuevo modelo podría tener un alcance más amplio y debería cubrir tantos tipos de pruebas como sea posible, teniendo en cuenta las medidas de que se trate».

materia⁷. Entre esos factores se coincidió en destacar la ausencia de parámetros comunes acerca del estándar de protección que deben merecer los derechos fundamentales y las garantías procesales básicas en relación con las diligencias de investigación penal. El diferente entendimiento de los Estados miembros en torno a las exigencias que comporta la protección de estos derechos y garantías en materia de adquisición de pruebas daba explicación, en efecto, a que, en este terreno, fuera mucha la desconfianza entre los Estados y, por lo mismo, grande su reticencia a reconocer o ejecutar a ciegas las medidas de investigación instadas por otros Estados. Porque, ¿qué Estado, por ejemplo, se avendría a ejecutar sin objeciones un EEI consistente en una intervención telefónica ordenada respecto de un hecho no tipificado como delito en su ordenamiento interno o en reconocer eficacia probatoria a una diligencia de investigación practicada sobre el imputado sin la presencia de su abogado? Se entiende, por lo dicho, que el principio de reconocimiento mutuo en que dice fundarse el EEI (art. 1.2) sea finalmente —y si se nos permite la expresión— un principio «descafeinado». Así lo confirma, sobre todo, la evolución (o la involución, según se mire) que, respecto de sus orígenes, han experimentado los aspectos de esta Propuesta relacionados con los requisitos o condiciones para la emisión de un EEI y con los motivos que permiten denegar su ejecución.

Al análisis de estos aspectos —reveladores, como decimos, de la relajación del principio de reconocimiento mutuo en materia de obtención de elementos de prueba— se dedicará el grueso de las siguientes páginas. Antes, sin embargo, importa detenerse a examinar las principales innovaciones que, respecto del vigente modelo de obtención transnacional de prueba, supone esta Propuesta de Directiva.

II. EL NOVEDOSO PLANTEAMIENTO DE LA PROPUESTA EN ARAS A LA LIBRE Y EFICAZ CIRCULACIÓN DE PRUEBAS

Para un cabal entendimiento del novedoso planteamiento que supone esta Propuesta de Directiva, es necesario partir del marco normativo actualmente vigente en materia de obtención de prueba transfronteriza: un marco que la totalidad de la doctrina⁸ y la propia Exposición de Motivos de la Propuesta convienen en tachar de «fragmentario y complicado».

Ambas notas —fragmentación y complejidad— resultan de la yuxtaposición de una pléyade de instrumentos normativos que, aun compartiendo su origen supranacional, difieren en su fundamento y en su ámbito de aplicación. En materia de obtención de elementos probatorios coexisten, en efecto, instrumentos convencionales basados en la asistencia judicial mutua y en la idea de una cooperación flexible pero en todo respetuosa con la soberanía nacional de cada Estado (fundamentalmente, aunque no sólo, el Convenio de Asistencia Judicial en materia penal de 2000 y su Protocolo de 2001) e instrumentos normativos que toman por base el principio de reconocimiento mutuo y que, al menos en principio, imponen como obligatoria para los Estados la prestación de la cooperación instada (la Decisión Marco 2003/577/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas; y la Decisión Marco 2008/978/JAI del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas⁹).

⁷ Junto a la mencionada, otra de las mayores críticas de las que se ha hecho acreedora esta Iniciativa —y, antes que ella, los instrumentos convencionales y normativos en materia de obtención de elementos de prueba— es la poca atención que desde ella se dispensa al principio de igualdad de armas procesales, toda vez que el EEI se configura como un recurso al alcance de la acusación pero no de la defensa.

⁸ Por todos, GRANDE MARLASKA-GÓMEZ, F., y DEL POZO PÉREZ, M., «La obtención de fuentes de prueba en la Unión Europea y su validez en el proceso penal español», en *Revista General de Derecho Europeo* 24 (2011), p. 36.

⁹ Los estudios doctrinales —patrios y extranjeros— sobre estos concretos instrumentos y, en general, sobre la problemática que se cierne en torno a esta materia en la Unión Europea son innumerables.

A título, pues, de ejemplo, cabe citar los trabajos, en nuestro país, de: BACHMAIER WINTER, L., «El exhorto europeo de obtención de pruebas en el proceso penal. Estudio y perspectivas de la propuesta de Decisión Marco», en *El Derecho Procesal Penal en la Unión Europea. Tendencias actuales y perspectivas de futuro* (Coords.

Resultados prácticos de esta coexistencia son:

De un lado, una situación en extremo confusa para los operadores jurídicos, para quienes no es fácil concretar a qué instrumento recurrir en un determinado caso, dada la fragmentación normativa que se cierne sobre esta materia¹⁰, la no ratificación de los instrumentos tradicionales de asistencia judicial mutua por algunos Estados y las abundantísimas reservas formuladas respecto de estos últimos.

Y, de otro lado, una actitud renuente a la aplicación de los instrumentos normativos basados en el reconocimiento mutuo en favor de los tradicionales procedimientos de asistencia judicial. A este resultado han contribuido dos factores: el peso de la tradición —claramente mayor en los instrumentos basados en la asistencia judicial comparado con los fundados en el principio de reconocimiento mutuo¹¹— y el limitado ámbito de aplicación de estos últimos instrumentos normativos. En este último sentido, no está de más apuntar que la DM 2003/577/JAI permite el aseguramiento transfronterizo de pruebas pero no ampara la adopción de medidas de investigación dirigidas a averiguar dónde se hallan éstas ni la posibilidad de instar su transferencia al Estado de emisión, y que la DM 2008/978/JAI restringe su ámbito a la obtención de prueba, datos u objetos ya existentes en el Estado de ejecución, con lo que no permite la práctica de diligencias tales como la confección de un dictamen pericial o la interceptación de las telecomunicaciones. Esto sentado, bien se comprende que los operadores jurídicos —en su mayoría, jueces y fiscales— se decanten, como señalamos, por el uso de los instrumentos convencionales de asistencia mutua, ya que, pese a la demora que suele ir unida a su ejecución, las tradicionales comisiones rogatorias permiten cubrir todas las solicitudes de obtención de prueba, así como su aseguramiento y transferencia al Estado requirente.

Pues bien, siendo el descrito el panorama actual, la Propuesta de Directiva sobre el EEI afronta el objetivo de facilitar y agilizar el acceso transfronterizo a las fuentes de prueba desde un planteamiento inicialmente asentado sobre los cuatro siguientes pilares:

1.º *Reunificación normativa*. De ser aprobada, la Directiva sobre EEI operará un sobresaliente efecto codificador, habida cuenta que esta norma está llamada a sustituir a la Decisión Marco 2003/577/JAI, en lo relativo al aseguramiento de prueba, a la Decisión Marco 2008/978/JAI, y a los instrumentos convencionales de asistencia judicial en materia penal

Armenta Deu, Gascón Inchausti y Cedeño Hernán), Madrid, 2006, pp. 131 a 178; GASCÓN INCHAUSTI, F., *El decomiso transfronterizo de bienes*, Madrid, 2007, pp. 143 a 191; MORÁN MARTÍNEZ, R. A., «Embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas en el proceso penal», en *El proceso penal de la Unión Europea* (Coord. De Hoyos Sancho), Valladolid, 2008, pp. 402 a 421; y «Obtención y utilización de la prueba transnacional», *Revista de Derecho Penal*, 2010, nº 30, pp. 79 a 102; y de ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., «La prueba penal en el espacio judicial europeo. Asistencia judicial y mutuo reconocimiento», *La Ley Penal*, 2010, nº 74, pp. 5 a 12.

En la doctrina extranjera, pueden verse, por su parte, los trabajos que figuran en la obra de VERVAELE, J., (ed.), *European Evidence Warrant. Transnational Judicial Inquires in the EU*, Amberes-Oxford, 2005, así como los de GLEß, S., «Free movement of evidence in Europe», en *El Derecho Procesal Penal en la Unión Europea*, op.cit., pp. 121 a 131; MELILLO, G., «Il mutuo riconoscimento e la circolazione della prova» y ALLEGREZZA, S., «Cooperazione giudiziaria, mutuo riconoscimento e circolazione della prova penale nello spazio giudiziario europeo»; estos dos últimos publicados en la obra *L'area di libertà, sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzie* (ed. Rafaraci), Milano, 2007, pp. 465 a 481 y 619 a 719, respectivamente.

¹⁰ Ilustrativas, en este sentido, son las palabras de JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F., quien, utilizando un símil teatral, sostiene que «el espacio judicial europeo se nos aparece como un escenario desordenado, en que los actores carecen de un único guión, viéndose obligados a improvisar tratando de aunar la lectura de diferentes guiones de los más diferentes estilos, desde el pragmatismo de una cooperación rápida y flexible pero basada en la soberanía de cada Estado, hasta la aplicación de instrumentos que parten del reconocimiento mutuo de resoluciones por cesión de dicha soberanía, en una representación propia del teatro de lo absurdo». «Orden Europea de Investigación: ¿Adiós a las comisiones rogatorias?», en *Cooperación Judicial Civil y Penal en el nuevo escenario de Lisboa* (Coord. Arangüena Fanego, C.), Granada, 2011, p. 178.

¹¹ Nótese, en este sentido, que algunos de estos instrumentos ni siquiera han sido aún implementados en las legislaciones domésticas. Tal es el caso de la DM 2008/978/JAI, relativa al exhorto europeo de obtención de prueba, cuyas previsiones no han sido incorporadas al ordenamiento español, a pesar de que el plazo para hacerlo concluyó el 19 de enero de 2011.

ratificados por los Estados miembros (en particular: al Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal de 1959 y sus dos protocolos adicionales, al Convenio de 19 de junio de 1990, relativo a la Aplicación del acuerdo de Schengen, y al anteriormente citado Convenio de 2000 relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea y su Protocolo de 2001)¹².

2.º Horizontalidad o centralidad. Con alguna excepción a que luego nos referiremos, objeto de un EEI pueden ser cualesquiera medidas de investigación cuya ejecución interese al Estado de emisión y no sólo aquellas cuya existencia en el Estado de ejecución efectivamente conste. Al amparo, pues, de la futura normativa cualquier Estado miembro podrá recabar la práctica de diligencias de investigación tan dispares como las investigaciones encubiertas, la entrega vigilada o la obtención de información sobre las cuentas bancarias de las que pudiera ser titular la persona sospechosa de haber cometido un delito.

A propósito de estos ejemplos, conviene traer a colación que, durante su procedimiento legislativo, se ha convenido en llevar a los Capítulos IV y IV (bis) de la Propuesta normas específicas sobre determinadas diligencias o técnicas de prueba, coincidentes en buena medida con las hoy reguladas en el Convenio de 2000 y en su Protocolo. Así ha sucedido, con el traslado temporal de detenidos al Estado de emisión (art. 19) o al Estado de ejecución (art. 20,) al objeto de llevar a cabo una medida de investigación; con la audición por conferencia telefónica, videoconferencia u otros medios de transmisión audiovisual (arts. 21 y 22); con la obtención de información sobre cuentas y operaciones bancarias o financieras (arts. 23 y 24); con las medidas de investigación que implican la reunión de pruebas en tiempo real, de manera continuada y durante un período de tiempo (art. 27); con las investigaciones encubiertas (art. 27 bis) y con la intervención de las telecomunicaciones (art 27 ter y 27 quinquies).

La anterior, no obstante, no es la única evidencia de la ya mencionada reunificación normativa que pretende operarse en virtud de esta Propuesta. Otra muestra significativa es que en su texto también se contempla la posibilidad —hoy prevista en la DM 2003/577/JAI— de emitir un EEI con vistas a adoptar cualquier medida que evite la destrucción, transformación o transferencia de objetos que pudieran emplearse como pruebas (art. 27 sexies).

3.º Simplificación y celeridad procedimental. Con la vista puesta en dotar de simplicidad al procedimiento de obtención y traslado transfronterizo de fuentes de prueba, la proyectada Directiva apuesta por el uso de formularios normalizados en línea con los instrumentos europeos de cooperación judicial basados en el reconocimiento mutuo. Concretamente son dos los formularios, previstos en sendos anexos a la norma, que conviene destacar aquí: uno —designado con el literal A— en que se materializa el EEI; y, otro —designado con el literal B—, que debe ser cumplimentado y enviado por la autoridad del Estado de ejecución (y, en su caso, por la autoridad central) tras la recepción y ejecución de un EEI¹³. En este contexto, interesa igualmente subrayar que aquel primer formulario no es un certificado al que debe adjuntarse una resolución, sino una resolución en sí misma a la que, en principio, no resulta necesario adjuntar ningún otro documento. A similitud, pues, de lo previsto respecto de la orden europea de detención y entrega y el exhorto europeo de obtención de prueba, a efectos de interesar una medida de investigación en un Estado miembro, bastará con remitir el formulario previsto en el Anexo A de la Directiva, que

¹² Junto a estos instrumentos convencionales, la Directiva incorporará en anexo una lista detallada de las disposiciones concretas a las que aquella norma vendrá a sustituir. En este mismo orden de cosas, debe repararse en que la unificación normativa que comportará la Directiva no impedirá que los Estados miembros puedan seguir aplicando los instrumentos convencionales ya ratificados e incluso celebrar otros nuevos, siempre que éstos faciliten, aún más que aquélla, la libre circulación de pruebas en el territorio de la Unión y respetan el nivel de salvaguardias previsto en ella (art. 29).

¹³ El anexo de la Propuesta incorpora un tercer formulario —designado bajo el literal C— destinado específicamente a la notificación al Estado miembro en que se encuentre la persona investigada de la intervención de las telecomunicaciones que se pretendan llevar a cabo en otro Estado miembro (art. 27 quinquies, apartado 2).

deberá —eso sí— estar redactado o traducido en una de las lenguas oficiales del Estado de ejecución o en otra lengua permitida por éste al efecto (art. 5).

Junto a la utilidad que reporta el uso de estos formularios normalizados respecto de la agilidad y sencillez que se quiere para el procedimiento de obtención de fuentes prueba, otra de las medidas dirigidas a imprimir celeridad en la investigación delictiva a nivel transfronterizo es el establecimiento de plazos relativamente cortos para la realización de las diligencias investigación interesadas por el Estado de emisión. Así, la Propuesta de Directiva fija en 30 días el plazo máximo para que la autoridad de ejecución competente dicte una resolución de reconocimiento respecto del EEI recibido, y en 90 días el plazo máximo para proceder a ejecutar la medida de investigación ordenada (art. 11). De este modo se ponen las bases para que, por lo general, en un período no superior a cuatro meses, la orden materializada en un EEI se cumpla.

A la simplificación y celeridad en el cumplimiento del EEI también sirve, finalmente, la potenciación de las comunicaciones y consultas directas entre las autoridades de emisión y de ejecución, así como la regla de que esta última no comportará, de ordinario, coste alguno para el Estado requirente¹⁴.

4.º Reforzamiento del principio de reconocimiento mutuo. La trascendencia del principio de reconocimiento mutuo en aras a facilitar la libre circulación de resoluciones judiciales entre los Estados miembros y, por ende, la libre circulación de prueba en el territorio de la Unión, comporta implícita la idea de que los motivos de denegación de aquellas resoluciones deben restringirse al máximo. Fiel a esta idea, en la intención inicial de la Propuesta se encontraba el propósito de reducir severamente los motivos de no reconocimiento o ejecución de un EEI. A tenor, sin embargo, del camino seguido en el procedimiento para su aprobación, debe insistirse la idea de que, muy probablemente, este pretendido reforzamiento no llegará a producirse; antes al contrario.

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL EEI: CONDICIONES GENERALES PARA SU EMISIÓN Y TRANSMISIÓN

En tanto que, en el momento de escribir estas páginas, la norma aquí examinada constituye tan sólo un *desideratum*, es obvio que, a día de hoy, se carecen de los elementos necesarios para delimitar con suficiente detalle cuál será su ámbito de aplicación temporal. Por el contrario, y salvo novedades de última hora, sí se está en disposición de afirmar que muy posiblemente, y con la salvedad de Dinamarca, todos los Estados Miembros —incluidos Reino Unido e Irlanda, que ya han notificado su deseo de participar en su adopción, al amparo del artículo

¹⁴ Esto mismo, visto desde la perspectiva opuesta y en palabras de la propia Propuesta de Directiva, equivale a afirmar que, por lo general, será el Estado de ejecución quien deberá asumir los costes relacionados con la cumplimentación de un EEI en su territorio (art. Y). No obstante, en tanto la práctica de determinadas diligencias de investigación puede, atendida su naturaleza y duración, comportar un coste elevado para el Estado de ejecución, el mencionado artículo Y flexibiliza lo que, en materia de gastos, viene a ser la regla general, por la vía de potenciar un acuerdo bien sobre la posibilidad y el modo de repartir los costes entre el Estado de ejecución y el Estado de emisión, bien sobre la posibilidad de que este último modifique el EEI en términos menos gravosos para el Estado de ejecución. Además, y como último recurso, se prevé que, de no lograrse un acuerdo al respecto, corresponderá al Estado de emisión decidir entre retirar total o parcialmente el EEI o entre mantenerlo; caso este último en que habrá de hacer frente a la parte de los gastos que resulten excesivos y que resulten absolutamente necesarios para su cumplimiento.

Ni este recurso ni la vía previa del acuerdo son aplicables, empero, para sufragar los gastos provocados con ocasión de la ejecución de determinadas diligencias. Así ocurre, por ejemplo, con el traslado temporal de detenidos al Estado de ejecución con el fin de llevar a cabo una determinada medida de investigación, respecto del que se prevé que los gastos del traslado y de regreso corran por cuenta del Estado de emisión (art. 20, apartado 6), o respecto de los gastos que se deriven de la transcripción, la descodificación y el descriptado de las comunicaciones intervenidas, que también habrá de sufragar el Estado de emisión (art. 27 ter, apartado 7).

3 del Protocolo nº 21 anejo al TUE y a TFUE— quedarán vinculados por la futura Directiva y sujetos a su aplicación.

Pero, más que el ámbito temporal y espacial de aplicación de la norma, lo que interesa examinar aquí es su ámbito de aplicación material u objetivo: un aspecto en absoluto baladí, toda vez que la correcta delimitación de este ámbito supone determinar los supuestos en que puede ponerse en marcha un EEI con posibilidades de éxito y los supuestos que, por el contrario, resultan excluidos del sistema.

A nuestro modo de ver, delimitar este ámbito es tarea que no sólo debe afrontarse al albur del artículo 3 (que lleva por rúbrica «Ámbito de aplicación del EEI») de la Propuesta de Directiva, sino también de otros preceptos que, bien por afectar a los tipos de procedimiento en que puede emitirse un EEI (art. 4), bien por referirse a las condiciones generales que deben concurrir para su emisión y transmisión (art. 5 bis), contribuyen a determinar los requisitos necesarios para acudir a este instrumento. De aquí, que con ocasión de este extremo tratemos también de estas cuestiones.

Dicho está que uno de los rasgos novedosos del EEI es que su emisión no sólo puede estar motivada por la obtención de fuentes de prueba que ya obran en poder de las autoridades competentes de otro Estado miembro, sino también —y esto es lo novedoso— por la necesidad de que, en este último Estado, se practiquen una o varias diligencias de investigación con vistas a que los resultados obtenidos puedan servir válidamente como prueba en un proceso penal ya iniciado o próximo a iniciarse en otro Estado. Y dicho está también que este rasgo —al que nos hemos referido *ut supra* como «horizontalidad o centralidad»— se erige en nota clave de un EEI, hasta el punto mismo en que éste se define como «una resolución judicial emitida o validada por una autoridad judicial competente de un Estado miembro (“el Estado de emisión”) *para llevar a cabo una o varias medidas de investigación en otro Estado miembro (“el Estado de ejecución”) con vistas a obtener pruebas»* o «*para obtener pruebas que ya obren en poder de las autoridades competentes del Estado de ejecución»* (art. 1, apartado 1).

Obviamente, así concebido, en nada extraña que el ámbito material de aplicación de un EEI alcance a «todas las medidas de investigación», con la única excepción de la creación de equipos conjuntos de investigación y la reunión de pruebas dentro del ámbito de actuación de estos equipos¹⁵ (art. 3). Y no es extraño porque la fijación del objeto del EEI en términos prácticamente absolutos es en todo coherente con el tan traído y llevado objetivo de favorecer la libre circulación de pruebas en la Unión Europea.

¹⁵ Esta exclusión no es total, ya que el propio artículo 3 consiente la emisión de un EEI, dentro del ámbito de actuación de estos equipos, cuando la medida o diligencia de investigación instada tenga por destinatario un Estado miembro que no haya participado en la creación del equipo o un tercer Estado.

De otra parte, aunque en este mismo orden de cosas, interesa destacar que, inicialmente, la Propuesta de Directiva excluía también de su ámbito de aplicación la intervención y transmisión inmediata de las telecomunicaciones, así como la intervención, grabación de las comunicaciones y ulterior transmisión de éstas. La exclusión parecía venir fundada en la detallada regulación que, de ambas modalidades de diligencias, realiza el Convenio de Asistencia Judicial de 2000 (arts. 18 a 22). Esto sin embargo, no cabe duda de que la decisión final de incluir estas específicas diligencias en los ya mencionados Capítulos IV y IV bis de la Directiva (arts. 27 *ter* y 27 *quinquies*) resulta mucho más acorde con el carácter unificador que se pretende imprimir a este instrumento.

En el terreno de la duda queda, en cambio, la cuestión de si Propuesta de Directiva ampara o no las observaciones policiales transfronterizas a que se refiere el artículo 40 del Convenio, de 19 de junio de 1990, de Aplicación del Acuerdo de Schengen. Genera la duda el hecho de que, si bien el Considerando 9 de la Propuesta excluye expresamente estas observaciones de su ámbito de aplicación, nada hay en su articulado que refrende esta exclusión, con lo que podría pensarse que también a su amparo es posible que, en el curso de una investigación penal, se emita un EEI a fin de que los servicios de policía de un Estado miembro realicen labores de vigilancia transfronteriza en el Estado de ejecución. A nuestro juicio, sin embargo, esta conclusión no puede ser más desacertada, toda vez que tal tipo de medidas se insertan en el ámbito de la cooperación policial penal, con lo que caen fuera de la base jurídica de la Propuesta (art. 82 TFUE, apartado 1).

Lo que sí llama la atención es que la Propuesta de Directiva no proporcione una definición de lo que, a efectos de su aplicación, deba entenderse por «medidas de investigación», pues la falta de una noción común respecto de estas medidas poco o nada contribuye a la aproximación legislativa en una materia de contenido y alcance tan dispar como la que ahora nos ocupa¹⁶.

Sin perjuicio de esto último, es de hacer notar que la determinación de los tipos de procedimiento en cuyo seno puede emitirse un EEI contribuye a precisar lo que por «medida de investigación» penal debe entenderse a efectos de su aplicación y, por lo mismo, a delimitar el ámbito material de aplicación de la Propuesta. En este sentido, la proyectada normativa —asumiendo como propias las previsiones de la DM 2008/978/JAI a este mismo respecto— contempla que el EEI puede emitirse en procesos penales ya iniciados o próximos a iniciarse, e incluso en procedimientos judiciales no penales o administrativos que puedan dar lugar a un proceso penal y ello —interpolamos— aun cuando estos procedimientos se dirijan frente a una persona jurídica (art. 4). Desde un punto de vista procedimental, por tanto, la amplitud con que se configura el ámbito de aplicación del EEI es también sobresaliente. Esto, sin embargo, no debe llevar al error de pensar que el tipo de procedimiento en cuyo seno se expide un EEI resulta irrelevante a efectos de su ejecución. En este sentido, adelantamos ya que un posible motivo en que puede fundarse la denegación del reconocimiento o ejecución de un EEI es, precisamente, que éste haya sido emitido en un procedimiento no penal y que, conforme a la legislación interna del Estado de ejecución, la medida de investigación instada no fuera permitida para un caso similar¹⁷ [art. 10, apartado d)].

Según ya ha sido señalado, el tercero de los aspectos que contribuye a delimitar el ámbito de aplicación del EEI son las condiciones que, para su emisión y transmisión recoge, *en general*, el artículo 5 bis de la Propuesta¹⁸.

En tanto estas condiciones generales tienen por común denominador concernir a la «autoridad de emisión», conviene empezar aclarando que, a tenor del artículo 2 de la Propuesta, esta última expresión engloba dos diferentes tipos de autoridades:

1º. Un juez, órgano jurisdiccional, juez de instrucción o fiscal competente en el asunto de que se trate; y

2º. Cualquier otra autoridad competente, según la defina el Estado de emisión, que, en el asunto específico, actúe en calidad de autoridad de investigación y tenga competencia para ordenar la reunión de pruebas con arreglo al Derecho nacional.

El primer tipo agrupa lo que, en terminología europea, se conoce como «autoridad judicial». El segundo abre paso, por su parte, a la posibilidad —defendida por las delegaciones de algunos Estados como Reino Unido y los países escandinavos— de que sea la Policía la autoridad designada como competente para la emisión de un EEI¹⁹. El problema radica en que no todos los Estados miembros participan de la conveniencia de dar cumplimiento a la petición de medidas de investigación impetradas por la Policía, máxime cuando, al albur de sus respectivas legislaciones internas, la práctica de determinadas diligencias de investigación (significadamente, aquellas restrictivas de derechos fundamentales) viene presidida por la nota de jurisdiccionalidad.

¹⁶ En este mismo sentido se pronuncia el Consejo de la Abogacía Europea en el documento «*Comments from the CCBE on the proposal for a European Investigation Order*». El texto de documento resulta accesible a través del enlace: http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/EN_221010_Comments_f1_1288172534.pdf.

¹⁷ Repárese que, en este punto, la Directiva proyectada se separa de la normativa de referencia, pues, entre los motivos de denegación de un exhorto europeo de prueba, la DM 2008/978/JAI no contempla ninguno basado en el tipo de procedimiento en cuyo seno se haya emitido la orden.

¹⁸ Si escribimos «*en general*» es porque, si bien todo EEI debe reunir las condiciones ex artículo 5 bis a los efectos de su emisión y transmisión, a éstas pueden sumarse otras condiciones o requisitos en función de la concreta medida o medidas de investigación instadas.

¹⁹ Cfr. JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F., «Orden Europea de Investigación: ¿Adiós a las comisiones rogatorias?», *cit.*, p. 200.

Pues bien, para conjugar los intereses de todos los Estados miembros —los que propugnan que sólo la autoridad judicial sea la competente para emitir un EEI y los que abogan porque esto último sea posibilidad igualmente abierta a la Policía— la solución que patrocina el Proyecto de Directiva pasa por acoger esta última alternativa, esto es: por permitir que el exhorto sea emitido por la Policía, si bien bajo la preceptiva condición de que, antes de ser transmitido, el EEI sea validado por una autoridad judicial —Juez o Fiscal—, previo control de su conformidad con las condiciones generales para la emisión de un EEI (art. 5 bis, apartado 3). Esta solución, además de corresponderse con la consideración del propio EEI como una resolución judicial, comporta la ventaja añadida de extender el ya amplio espectro de aplicación del EEI, pues permite que la Policía pueda implicar a otro Estado miembro en la práctica de las diligencias de investigación que interesen.

De otra parte, aunque en relación con lo anterior, debe repararse en que si la validación judicial es condición que no alcanza a los supuestos en que la autoridad de emisión es el Ministerio Fiscal, es porque, en el contexto europeo, la equiparación entre Ministerio Fiscal y Juez como directores de la investigación penal es plena, a diferencia de lo que sucede al amparo de algunas legislaciones internas como en el caso de España. Que la propuesta de Directiva equipare las figuras del Juez y del Ministerio Fiscal a efectos de emisión de un EEI no debe interpretarse, sin embargo, en el sentido de entender que una y otra figura están en todo caso legitimadas para instar la cooperación de otro Estado miembro. Así, si como ocurre en España, sólo el Juez puede ordenar diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales, sólo él —y no un Fiscal— podrá instar de otro Estado miembro que se dé cumplimiento a tal tipo de investigaciones transfronterizas. Por el contrario, si un Fiscal (extranjero, se entiende) está legitimado para acordar tal clase de diligencias con arreglo a su legislación interna, también lo estará para emitir un EEI y la autoridad de ejecución no podrá negarse a darle cumplimiento sobre la base de que su ordenamiento exige que tal clase de investigaciones cuenten con autorización judicial.

Junto a la necesaria validación de un EEI no emitido por autoridad judicial, otra de las fórmulas que manifiestan la ya aludida relajación del principio de reconocimiento mutuo en favor de una mayor protección de los derechos fundamentales, se liga al respeto de los principios de necesidad y proporcionalidad; principios a los que no hacía referencia el texto original de la Iniciativa y que sí recoge, en cambio, su actual redacción. Así, en efecto, los dos primeros apartados del propio artículo 5 bis supeditan la emisión del EEI a la apreciación, *case-by-case*, por parte de la autoridad de emisión, de dos condiciones: (1) que la emisión del EEI sea necesaria y proporcional a los fines del procedimiento incoado o que pretenda incoarse; y (2) que la medida o las medidas de investigación interesadas puedan «haberse ordenado bajo las mismas condiciones en un caso nacional similar²⁰».

Recurrir al EEI sólo será posible, en consecuencia, cuando, a juicio de la autoridad de emisión, resulte necesario y proporcional respecto de los hechos que han dado o darán lugar a un proceso penal implicar a otro Estado miembro en la obtención de fuentes de prueba; y cuando, además, la concreta medida instada resulte admisible, necesaria y proporcional en relación con los hechos que se pretenden investigar. Y, a la inversa: no cabrá emitir un EEI cuando, atendida la escasa relevancia penal de los hechos que se pretenden investigar en el Estado de emisión, resulte desproporcionado gravar a otro Estado con la labor de obtener fuentes de prueba, ni cuando la medida instada resulte, conforme a la legislación del propio Estado de emisión, inadmisibles, innecesaria o desproporcionada para obtener esas mismas fuentes.

Referir la proporcionalidad y necesidad de la medida y del propio EEI a la apreciación subjetiva de la autoridad de emisión es previsión de todo punto de vista lógica, pues su conocimiento del Derecho nacional y de los detalles de la investigación le posicionan en la mejor situación para

²⁰ Coincidimos con BACHAMAIER WINTER en lo desatinado de la redacción. «El proceso —señala con toda razón la autora— aunque tenga una dimensión transnacional, no por ello deja de ser también un caso “nacional”, y la medida tendría que ser válida, necesaria y proporcional, no para un caso similar, sino para ese mismo caso, si la medida hubiera de practicarse en terreno nacional». «La Orden Europea de Investigación y el principio de proporcionalidad», *Revista General de Derecho Europeo*, 2011, nº 25, p. 15.

decidir a qué medida ha de recurrirse. *A fortiori*, parece claro que ésta es una cuestión sobre la que nada tiene que decir la autoridad de ejecución, pues lo contrario pugnaría radicalmente con los principios en que se basa la cooperación judicial internacional y, muy destacadamente, con el principio de reconocimiento mutuo. Este, sin embargo, es precisamente el camino hacia donde parecen encaminarse los propósitos del legislador europeo. Y es que, a su paso por el Parlamento Europeo, el texto del Proyecto ha sido enmendado con vistas a permitir que la autoridad de ejecución pueda —excepcionalmente, eso sí— evaluar la proporcionalidad de las medidas de investigación instadas en el EEI²¹. Naturalmente, de confirmarse esta versión, la relajación del principio de reconocimiento mutuo en este punto habría evolucionado hacia su total preterición²².

Que la autoridad de ejecución no pueda —o si— fiscalizar la proporcionalidad y necesidad de la medida conforme a los parámetros del ordenamiento nacional del Estado de emisión no obsta, en cualquier caso, a que aquélla pueda valorar la proporcionalidad y necesidad de la medida conforme a los parámetros de su propio ordenamiento nacional. Antes al contrario: habida cuenta que la medida de investigación instada puede no estar prevista en la legislación del Estado de ejecución o, aun estando prevista, puede estimarse innecesaria o desproporcionada respecto de los hechos investigados, resulta razonable permitir que la autoridad de ejecución se niegue a prestar la cooperación instada, a menos que pueda recurrir a una medida de investigación que, aun distinta a la instada en el EEI, suponga una menor intromisión en los derechos fundamentales y permita obtener resultados similares²³. Sobre esta posibilidad, prevista en el artículo 9, volveremos más adelante.

IV. MOTIVOS PARA LA DENEGACIÓN DEL EEI

1. La efectiva salvaguarda de los derechos fundamentales en las investigaciones transfronterizas

Aunque las condiciones exigidas para la emisión del EEI ya permiten percibir la relajación del principio de reconocimiento mutuo en pro de la salvaguarda de los derechos y garantías fundamentales que están en solfa en la investigación delictiva, la percepción se torna evidencia a la luz de los motivos en que puede fundarse la denegación del reconocimiento y ejecución del EEI. En este sentido, ya señalamos que la inicial intención de potenciar el principio de reconocimiento mutuo por vía de limitar los motivos de rechazo a la cooperación reclamada, pronto se encontró con el frontal rechazo de los Estados miembros, debido a la falta de una concepción común acerca de las exigencias que, en materia de obtención de la prueba, exige

²¹ «Excepcionalmente —propone la enmienda en relación con las condiciones generales para la emisión y transmisión del EEI— serán evaluadas por la autoridad del Estado de ejecución cuando haya razones para creer, con base en pruebas claras y objetivas, que las medidas no son proporcionales y no podrán utilizarse en un caso nacional en el Estado de emisión».

²² De consolidarse la propuesta, sería asimismo necesario introducir modificaciones en el formulario de emisión del EEI, pues difícilmente cabrá operar un control sobre el juicio de proporcionalidad y necesidad realizado por la autoridad de emisión, si la autoridad de ejecución desconoce, entre otros extremos, los indicios o sospechas de culpabilidad que recaen sobre el sujeto pasivo de la medida instada.

²³ Con parecidos términos se expresa el Considerando 10 de la Propuesta de Directiva, en que se lee: «la autoridad de ejecución deberá, siempre que sea posible, recurrir a otro tipo de medida si la medida requerida no existe conforme a su Derecho nacional o no estaría disponible en un caso nacional similar [...]. La disponibilidad se refiere a las ocasiones en que la medida requerida existe con arreglo al Derecho del Estado de ejecución pero sólo está disponible legalmente en determinadas situaciones, por ejemplo cuando la medida sólo pueda llevarse a cabo respecto de delitos de determinada gravedad; contra personas respecto de las cuales ya existe determinado nivel de sospecha; o con el consentimiento del interesado. La autoridad de ejecución también podrá recurrir a otro tipo de medida de investigación cuando esta consiga el mismo resultado que la medida prevista en el EEI por medios que supongan una injerencia menor en los derechos fundamentales del interesado».

El Considerando 10 bis, insiste en este aspecto: «No deberá denegarse la ejecución de un EEI por motivos distintos de los previstos en la presente Directiva; no obstante, la autoridad de ejecución podrá optar por una medida menos invasora de la intimidad que la indicada en el EEI, a condición de que permita obtener resultados similares».

la protección de los derechos fundamentales²⁴. Pues bien, a fin de que el rechazo de los Estados no arramblara con el tan traído y llevado objetivo de crear un sistema general para la obtención y transmisión ágil y eficaz de fuentes de prueba, el camino que se ha convenido en seguir pasa, llanamente, por abandonar aquella primigenia intención. Por lo que se apuesta, en definitiva, es por la ampliación de los motivos de denegación del EEI, de modo que los Estados tengan la posibilidad de rechazarlo si su ejecución no se ajusta a las exigencias mínimas que, conforme a sus respectivos ordenamientos internos, comportan los derechos fundamentales y las garantías esenciales del proceso.

Dado que este giro de tuerca en torno a los motivos que pueden dar lugar a la denegación de un EEI constituye la muestra más palpable de la imposibilidad de fomentar el principio de reconocimiento mutuo en el ámbito de la investigación penal transfronteriza, bien se comprende que la atención de las próximas páginas se centre precisamente en su análisis.

Antes, sin embargo, de entrar en cuestión, interesa referirse al procedimiento para la transmisión y ejecución del EEI. Y esto no sólo —que también— porque determinados aspectos relacionados con este procedimiento pueden fundar la denegación de un EEI, sino porque algunos de ellos son igualmente reflejo de esa preocupación común por el respeto a las garantías esenciales del proceso.

Así pues, aun cuando ni en el texto de este instrumento faltan las proclamaciones genéricas en torno a la necesidad de que en el procedimiento de obtención de elementos de prueba se respeten los derechos fundamentales²⁵, ni referencias concretas a algunos de estos últimos²⁶, lo cierto es que la vía para garantizar su general y efectiva observancia en el ámbito de la investigación transfronteriza se articula por la vía de permitir al Estado de ejecución reaccionar ante las posibles vulneraciones de tales derechos según la propia legislación doméstica del Estado de ejecución. Estas posibilidades de reacción no son —empero— absolutas, sino que, como veremos acto seguido, resultan condicionadas por el grado de afectación que, respecto de aquellos derechos, comportan las medidas de investigación reclamadas por otros Estados miembros.

2. Con carácter previo: el procedimiento para la transmisión y ejecución del EEI

2.1. Finalidad, posibles contenidos y transmisión del EEI

El EEI —lo venimos diciendo— está fundamentalmente pensado para aquellos casos en que, para el progreso de un proceso penal normalmente ya iniciado en un Estado, se precisa de la realización de una o varias medidas de investigación en otro Estado miembro, por ser en

²⁴ A superar esta diversidad de concepciones poco —por no decir nada— ha contribuido la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, cuya doctrina confiere a los Estados un amplio margen de discrecionalidad en cuanto a la forma de cumplir con los *standards* del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En el mismo sentido, BACHMAIER WINTER, L., «La Orden Europea de Investigación y el principio de proporcionalidad», *cit.*, pp. 7 a 11.

²⁵ Así, el Considerando decimoséptimo del Texto de la Iniciativa dispone: «La presente Directiva respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos por el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea y por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y en particular su título VI. Nada de lo dispuesto en la presente Directiva podrá interpretarse en el sentido de que impide la negativa a ejecutar un EEI cuando existan razones objetivas para suponer que dicho EEI ha sido dictado con fines de persecución o sanción a una persona por razón de sexo, raza, origen étnico, religión, orientación sexual, nacionalidad, lengua u opciones políticas, o que la situación de dicha persona pueda quedar perjudicada por cualquiera de estas razones».

También el apartado 3 del artículo 1 de la Propuesta puede incluirse dentro de estas manifestaciones genéricas de respeto a los derechos fundamentales, en tanto establece: «La presente Directiva no podrá tener por efecto modificar la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos consagrados en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, y cualesquiera obligaciones que correspondan a las autoridades judiciales a este respecto permanecerán inmutables».

²⁶ Tal es el caso, por ejemplo, del artículo 13, en que se exhorta a los Estados miembros a que, con el fin de salvaguardar los intereses legítimos de los interesados, pongan a disposición de éstas los recursos que sean procedentes contra la emisión, reconocimiento o ejecución del EEI.

este segundo Estado donde se encuentra el sujeto o el objeto sobre el que interesa que se proyecten las indagaciones.

Como quiera, además, que la medida o medidas de investigación instadas pueden fructificar y revelar la existencia de elementos objetivos (documentos, datos y, en general, cualquier pieza de convicción) susceptibles de ser empleados como prueba en el proceso seguido en el Estado de emisión, el EEI también puede expedirse con vistas al aseguramiento de esta clase de fuentes de prueba e incluso para que, una vez aseguradas éstas, sean transferidas al Estado de emisión.

La emisión de un EEI puede responder, pues, a una finalidad investigadora y/o a una finalidad cautelar. Esto mismo, visto desde la perspectiva de su contenido, equivale a afirmar que un único EEI puede incluir desde la petición de que se ejecuten una o varias medidas de investigación, hasta la adopción de medidas cautelares destinadas a impedir la destrucción, transformación, desplazamiento, transferencia o enajenación de objetos que pudieran emplearse como pruebas, pasando —claro es— porque las fuentes de pruebas obtenidas sean trasladadas al Estado de emisión. Naturalmente, el hecho de que estos contenidos puedan incluirse en un único exhorto, no resta a que las medidas —indagatorias o aseguratorias— que interesen al Estado de emisión puedan impetrarse sucesivamente en el tiempo o, lo que viene a ser lo mismo, a que la expedición de un EEI responda a la necesidad de complementar un EEI anterior (art.7).

Cualquiera, en todo caso, que sea el contenido o finalidad del EEI, la autoridad de emisión debe proceder a su transmisión, cumplimentando —como se dijo— el formulario del Anexo A. Como también se apuntó en su momento, la correcta cumplimentación de este formulario exige bien que sus campos estén redactados en una de las lenguas permitidas al efecto por el Estado del que se pide cooperación, bien que se acompañe al mismo traducción a una de estas lenguas.

Llegados a este punto interesa hacer un paréntesis en la exposición, al objeto de aclarar que, entre los posibles contenidos o campos de un EEI, la autoridad competente de emisión puede incluir dos peticiones relacionadas con el modo de obtener las fuentes de prueba por parte de la autoridad competente de ejecución, y a las que ésta habrá de atender siempre que esas concretas peticiones no sean contrarias a los principios jurídicos fundamentales de su ordenamiento interno. Así, en efecto, el EEI puede incluir la petición de que: (1) se observen determinadas formalidades o trámites en la ejecución de la medida de investigación interesada (art. 8, apartado 2) y; (2) se permita que una o varias autoridades del Estado de emisión participen en la ejecución del EEI, auxiliando en este sentido a las autoridades competentes del Estado de ejecución (art. 8, apartados. 3 a 4).

La precisión viene a cuento porque ambas previsiones sirven a una finalidad que queda extramuros de la Propuesta analizada: asegurar la admisibilidad en el Estado de emisión de los elementos de prueba obtenidos en el Estado de ejecución. Y es que el EEI, si bien permite la obtención transfronteriza de elementos de prueba, no garantiza que estos elementos puedan ser valorados como prueba en el proceso seguido en el Estado de emisión. Para que esto ocurra, es necesario que el procedimiento de obtención de las fuentes de prueba supere los estándares de legitimidad que se apliquen por el tribunal llamado a valorarla²⁷; lo que no siempre sucede —apostillamos—, habida cuenta que la ejecución de la medida instada se realiza conforme a la ordenamiento del Estado de ejecución (*lex loci*) y este modo puede no respetar las garantías esenciales para valorar la prueba según el ordenamiento del Estado de emisión (*lex fori*).

Lo anterior sentado, bien se comprende que la indicación por el Estado de emisión de los trámites y procedimientos que deben seguirse en la obtención de prueba por parte de la autoridad de

²⁷ En el mismo sentido, se expresa GASCÓN INCHAUSTI, F., en su aún inédito trabajo «Investigación transfronteriza, obtención de prueba penal en el extranjero y derechos fundamentales (reflexiones a la luz de la jurisprudencia española)».

ejecución permite conjurar el riesgo de que la prueba obtenida no pueda valorarse. Y lo mismo cabe decir cuando lo pedido por el Estado de emisión sea la presencia de las autoridades competentes²⁸ durante el curso de la ejecución de una medida de investigación, pues con ocasión de la participación de aquéllas en ésta podrán sugerirse determinadas actuaciones, a fin, precisamente, de asegurar la admisibilidad de los elementos de prueba obtenidos.

De ordinario —y con esto retomamos el hilo de la exposición—, la transmisión de un EEI se realizará por la autoridad competente de emisión y tendrá por destinataria a la autoridad de ejecución, es decir, a la autoridad reconocida por el Estado en cuestión como competente para reconocer y ejecutarlo. Esto, no obstante, la Propuesta de Directiva prevé también como posible que los Estados miembros designen una o incluso más autoridades centrales, a fin de que sean éstas las que transmitan (o reciban) los correspondientes EEI²⁹ (art. 6, apartado 2).

Examinados ya «qué» puede ser objeto de un EEI y «quién» participa en su transmisión³⁰, el «cómo» ha de realizarse ésta es aspecto al que la Propuesta dota de una gran flexibilidad, en la medida en que, respecto de la emisión misma del EEI, se autoriza la utilización de «cualquier medio que pueda dejar constancia escrita en condiciones que permitan al Estado de ejecución establecer su autenticidad», permitiendo que el resto de las comunicaciones oficiales adicionales se hagan «directamente entre la autoridad de emisión y la autoridad de ejecución» (art. 6, apartado 1).

2.2. Reconocimiento, ejecución y traslado de las fuentes de prueba

Con el claro objetivo de dotar de seguridad jurídica al procedimiento transnacional de obtención de pruebas, la recepción del EEI por parte de la autoridad competente del Estado de ejecución —o, en su caso, por la autoridad central— genera, en primerísimo término, la obligación de acusar recibo del mismo a la autoridad de emisión. A tal efecto, la autoridad competente de ejecución deberá hacer uso del formulario normalizado del Anexo B, que deberá enviar a la autoridad competente de emisión en el plazo máximo de una semana desde la recepción del EEI (art. 15).

Confirmada la recepción del EEI, los siguiente pasos que deben seguirse en el Estado de ejecución —el dictado de una resolución de reconocimiento o ejecución y la adopción de la medida o medidas de investigación instadas³¹— vienen marcados por la celeridad y por el

²⁸ Repárese en que estas autoridades no tienen por qué coincidir con las autoridades competentes para emitir el EEI, sino que pueden ser cualquier tipo de funcionarios —policiales o no— que desempeñen funciones de investigación delictiva en el Estado de emisión. En relación con estos funcionarios, debe tenerse en cuenta, asimismo, que mientras estén presentes en el Estado de ejecución serán considerados como funcionarios en este último Estado a efectos de responsabilidad penal (art. 16) y de responsabilidad civil (art. 17).

²⁹ Esta última posibilidad —aun siendo un *continuum* en los instrumentos de reconocimiento mutuo en materia de obtención de prueba (cfr. arts. 4.2 DM 2003/577/JAI; y arts. 3.2 y 8.2 DM 2008/978/JAI)— poco se compadece, en nuestra opinión, con la agilidad que se quiere en este contexto, pues, como a nadie escapa, la comunicación entre las autoridades competentes para la emisión y ejecución del EEI resulta más celeré sin la intervención de una autoridad central que con ella.

³⁰ Determinar la concreta autoridad —central o no— a la que debe transmitirse el EEI no parece ser cuestión que vaya a presentar demasiadas dificultades prácticas, toda vez que, antes de la entrada en vigor de la norma, los Estados miembros deberán informar de estos extremos a la Comisión, que será la encargada de darles difusión entre los Estados a través, entre otros cauces, de la Red Judicial Europea (art. 28, apartados 1 y 3). A mayor abundamiento, es preciso tener en cuenta que la autoridad de emisión podrá valerse, en este sentido, de la ayuda prestada por los puntos de contacto de la Red Judicial Europea (art. 6, apartado 4), e incluso de Eurojust. Pero, es más: aun cuando la autoridad de emisión yere y el EEI sea transmitido a una autoridad no competente para su reconocimiento y ejecución, será obligación de la autoridad receptora transmitirlo a la autoridad de ejecución competente y de notificar tal remisión a la autoridad de emisión (art. 6, apartado 5).

³¹ Aun a riesgo de explicar lo evidente, no puede dejarse de apuntar que a la recepción de un EEI en el Estado de ejecución no siempre seguirá una resolución de ejecución ni una actividad material de investigación delictiva. Aquella resolución y esta actividad sólo tendrán lugar cuando lo interesado por la autoridad competente del Estado sea una medida de investigación dirigida a recabar fuentes de prueba que no obren aún en poder del Estado de ejecución. Por el contrario, cuando lo solicitado por el Estado de emisión sean precisamente elementos probatorios de los que ya disponga el Estado de ejecución, bastará con el dictado de una resolución de reconocimiento pues, obviamente, ninguna medida de investigación debe llevarse a cabo para obtener aquello de lo que ya se dispone.

criterio de equivalencia; criterio que, como con todo acierto se ha dicho³², sostiene, junto la confianza entre los Estados, el principio de reconocimiento mutuo. Así las cosas, la autoridad de ejecución deberá reconocer el EEI y ejecutar la medida de investigación solicitada «de la misma manera y bajo las mismas circunstancias que si la medida de investigación hubiera sido ordenada por una autoridad del Estado de ejecución» (art. 8, apartado 1, *i.l.*).

El mismo criterio habrá de seguirse en lo referente al tiempo de ejecución de la medida, pues, en este extremo, la autoridad de ejecución debe adoptar la resolución de reconocimiento o ejecución y llevar a cabo la medida de investigación solicitada «con la misma celeridad y prioridad que en casos nacionales similares», debiendo estar, en cualquier caso, bien a los plazos que pudiera haber fijado al efecto la autoridad de emisión, bien a los plazos máximos previstos en la propia Iniciativa para dictar la resolución de reconocimiento o ejecución y para materializar esta última (art. 11).

También el traslado —temporal o definitivo— de las pruebas obtenidas como resultado de las medidas de investigación practicadas en el Estado de ejecución o de las que obren en poder de este último, viene marcado por la nota de celeridad. Así, en efecto, aun cuando el Proyecto de Directiva no prevé plazos en este sentido, sí dispone, como regla, que el traslado debe realizarse «sin demora» e incluso «inmediatamente» en el caso de que las autoridades del Estado de emisión participen en la ejecución del EEI (art. 12).

2.3. Sustitución de la medida de investigación

Que a la recepción del EEI deban seguir, como regla, las actuaciones pertinentes para dotar de eficacia a las investigaciones transfronterizas, no resta a la posibilidad de que las actuaciones seguidas en el Estado de ejecución puedan ir más allá del reconocimiento o ejecución de la concreta pesquisa solicitada. De entre todas estas actuaciones, interesa detenerse en la ya aludida posibilidad de que la autoridad de ejecución sustituya la medida de investigación instada por la autoridad de emisión por una medida diferente³³.

A esta posibilidad se refiere el artículo 9 del proyecto de Directiva, en los siguientes términos:

«1. La autoridad de ejecución deberá, siempre que sea posible, decidir recurrir a una medida de investigación distinta de la prevista en el EEI, cuando:

- a) la medida de investigación indicada en el EEI no exista en el ordenamiento jurídico del Estado de ejecución; o
- b) la medida de investigación indicada en el EEI no exista en un caso nacional similar.

1 bis. La autoridad de ejecución podrá asimismo recurrir a una medida de investigación distinta de la propuesta en el EEI cuando la medida de investigación seleccionada por la autoridad de ejecución tenga el mismo resultado que la medida prevista en el EEI pero por medios menos invasores de la intimidad.

³² JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F., «Orden Europea de Investigación: ¿Adiós a las comisiones rogatorias?», *cit.*, p. 193.

³³ Esta que destacamos no es la única contingencia que puede darse con ocasión de la recepción de un EEI ni la única a la se ofrece solución desde la Iniciativa comentada. Así, puede darse la circunstancia de que la autoridad receptora del EEI no sea la competente para proceder a su reconocimiento o ejecución (art. 6, apartado 5); o de que el formulario recibido esté incompleto o haya sido cumplimentado incorrectamente [art. 15, apartado 2, literal a, ii)]. Puede ocurrir, igualmente, que, en el caso concreto, se dé alguna circunstancia que impida a la autoridad de ejecución proceder al reconocimiento o ejecución del EEI en los plazos máximos previstos legalmente al efecto (art. 11, apartados 4 y 5) o cumplir las formalidades o trámites expresamente indicados por la autoridad de emisión [art. 15, apartado 2, literal a, iii)]. Asimismo, es posible que la autoridad competente de ejecución prefiera retrasar el reconocimiento o ejecución por concurrir motivo para ello (art. 14) e incluso que, en el curso de la ejecución, entienda oportuno emprender medidas de investigación distintas de las previstas inicialmente en el EEI [art. 15, apartado 2, literal a, ii)].

2. Cuando la autoridad de ejecución decida hacer uso de las posibilidades contempladas en los apartados 1 y 1 bis, informará en primer lugar a la autoridad de emisión, la cual podrá decidir retirar el EEI.

3. Cuando, con arreglo al apartado 1, la medida de investigación indicada en el EEI no exista en el ordenamiento jurídico del Estado de ejecución o no hubiera sido posible aplicarla en un caso nacional similar y cuando no exista ninguna otra medida de investigación que tuviera el mismo resultado que la medida solicitada, la autoridad de ejecución deberá notificar a la autoridad de emisión que no ha sido posible proporcionar la asistencia requerida».

Tres son, pues, las circunstancias que pueden provocar que la medida de investigación indicada en el EEI sea sustituida en el Estado de ejecución por otra diferente:

1ª) Que la medida de investigación indicada en el EEI carezca de cobertura normativa en el Estado de ejecución³⁴.

2ª) Que la medida de investigación indicada en el EEI, aun gozando de cobertura en el ordenamiento jurídico del Estado de ejecución, no resulte admisible en un caso nacional similar en función, *v.gr.*, del tipo delictivo investigado, de la calidad de los indicios que recaen sobre la persona sobre la que se proyecta la medida, o de la persona misma del imputado. Por ilustrar este supuesto con algunos ejemplos patrios, al albur de él la autoridad de ejecución española podría recurrir a una medida de investigación distinta de la instada si es que ésta consistiera en una intervención telefónica para la indagación de un delito no grave o pretendiera proyectarse sobre de una persona respecto de la que sólo se tienen meras sospechas o indicios sobre su participación en los hechos investigados; y lo mismo cabría hacer si lo solicitado fuera una medida de infiltración policial en relación con la una investigación que no afecte a la delincuencia organizada³⁵.

3ª) Que, conforme al ordenamiento jurídico del Estado de ejecución, sea posible acordar otra medida menos gravosa desde la perspectiva del derecho a la intimidad que la indicada en el EEI y permita obtener los mismos resultados que ésta. También este supuesto puede ilustrarse con algún ejemplo patrio: así, en la hipótesis de que lo indicado en el EEI fuese la entrada y registro del centro de dirección de una persona jurídica a fin de obtener determinada documentación, la autoridad española de ejecución podría decidir sustituir esta medida por la expedición de un mandamiento judicial con la misma finalidad.

Estos tres supuestos son expresión evidente de la relajación que el principio de reconocimiento mutuo «sufrirá» en materia de investigación delictiva transfronteriza a la par que una clara manifestación de la indiscutible importancia que el principio de proporcionalidad y la flexibilidad juegan en esta materia.

Así, y por lo que hace a lo primero, es evidente que el mero hecho de habilitar la sustitución de la medida de investigación instada por otra diferente contradice la esencia del principio de reconocimiento mutuo, pues aquella habilitación presupone que la resolución en que el EEI

³⁴ Debe matizarse que la ausencia de cobertura legal suficiente en torno a una concreta medida de investigación no permite concluir, sin más, que la medida de investigación no exista en el ordenamiento jurídico del Estado de ejecución, pues puede darse el caso de que, en este ordenamiento, se consideren legítimas tal clase de medidas utilizando como fundamento determinadas previsiones legales u otras fuentes normativas; destacadamente, la doctrina jurisprudencial. La parca regulación legal de la intervención de las comunicaciones telefónicas en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal y su integración por la jurisprudencia constitucional permiten claramente ilustrar este matiz.

³⁵ Nótese, respecto de los ejemplos utilizados, que el artículo 282 bis. 1 LECrim. limita objetivamente el recurso al agente encubierto a las investigaciones que afecten a la delincuencia organizada. Asimismo, es de hacer notar que, aunque el artículo 579 LECrim no se refiere expresamente a ello, es doctrina añeja y constante del Tribunal Constitucional que la medida de intervención telefónica sólo puede alcanzar a aquellas personas sobre las que existan algo más que simples sospechas respecto de su conexión con los hechos investigados y sólo acordarse en el curso de una investigación por delito castigado con pena grave, esto es, por delito castigado con pena de prisión superior a cinco años o con cualquier otra pena de las recogidas en el apartado 2 del artículo 33 CP.

consiste se somete a un proceso de homologación por parte de la autoridad de ejecución. Que este proceso de homologación toma como rasero el principio de proporcionalidad, es dato, de otra parte, fácilmente constatable a la luz del artículo 9 arriba transcrito.

En este último sentido, ha de empezarse por recordar que, en su formulación, el principio de proporcionalidad toma como presupuesto la necesidad de que cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales cuente con cobertura legal (presupuesto de legalidad) y exige, como requisitos, que, en el caso en concreto, la restricción sea adecuada a la finalidad que pretende (idoneidad), no existan medidas menos gravosas para los derechos fundamentales de la persona investigada (necesidad) y su adopción sea resultado de una correcta ponderación de los intereses en conflicto (proporcionalidad en sentido estricto)³⁶.

Lo anterior sentado, resulta incuestionable, como decimos, que el respeto al principio de proporcionalidad constituye la *ratio* del artículo 9, toda vez que el recurso a una medida de investigación distinta de la indicada en el EEI se hace depender de que la medida instada por la autoridad de emisión no cumpla, conforme al ordenamiento del Estado de ejecución, bien con el presupuesto de legalidad [art. 9, apartado 1, literales a) y b)], bien con los requisitos del principio de proporcionalidad —y, más en concreto, con el principio de necesidad (art. 9, apartado 1bis)— connaturales a aquel principio.

Lo que sí es cuestionable es el modo con que la futura Directiva rinde tributo a este principio. En este contexto, somos de la opinión de que la norma está necesitada de dos concretas mejoras:

La primera tiene que ver con el carácter —vinculante o facultativo— que, desde la perspectiva de la autoridad de ejecución, tiene recurrir a una medida de investigación distinta de la indicada en el EEI. Y es que, así como no cabe duda que el recurso a la sustitución resulta obligado para la autoridad de ejecución en el supuesto de que la medida instada no cumpla con el presupuesto de legalidad, la cuestión sí resulta dudosa para el supuesto de que aquella entienda que con lo que no cumple la medida instada en el EEI es con el requisito de necesidad. Genera esta duda el propio tenor del artículo 9, cuyo apartado 1bis utiliza el tiempo verbal «podrá», dando así a entender que corresponde a la autoridad de ejecución decidir si recurrir —o no— a una medida de investigación menos gravosa para los derechos del investigado que la solicitada en el EEI³⁷. Personalmente, en nada comulgamos con este entendimiento: no se comprende que se confíe a la autoridad de ejecución el juicio de proporcionalidad de la medida solicitada en el EEI conforme a los propios parámetros nacionales y, sin embargo, se deje a su discreción sustituir aquella medida por otra menos gravosa; y no se comprende porque, existiendo medidas menos lesivas e igual de eficaces que la indicada en el EEI, la sustitución viene impuesta por imperativo del propio principio de proporcionalidad. Sirva esto que decimos como justificación a la conveniencia —que sostenemos— de que el texto de la Directiva incida en el carácter obligado que, para la autoridad de ejecución, debiera suponer —siempre y en todo caso— sustituir la medida solicitada en el EEI por otra más acorde con las exigencias internas o propias del principio de proporcionalidad.

Un segundo aspecto necesitado de mejora concierne, igualmente, al supuesto de que la sustitución de la medida por la autoridad de ejecución responda al principio de necesidad. En este orden de cosas, ya se ha señalado que la sustitución de la medida indicada en el

³⁶ Sobre el principio de proporcionalidad *in extenso*, resultan clásicas las obras de GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid, 1990, y, en la doctrina alemana, de DEGENER, W., *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und strafprozessuale Zwangsmaßnahmen*, Berlín, 1985.

³⁷ Estos mismos términos facultativos son utilizados en otras versiones lingüísticas, como la francesa «L' autorite d' execution peut également...» o la italiana «L' autorità di esecuzione può decidere...». En otras versiones, sin embargo, el recurso a que la medida instada en el EEI sea sustituida por otra menos gravosa se expresa en términos imperativos para la autoridad de ejecución, tal es el caso de la versión inglesa, cuyo artículo 9, apartado 1 bis, reza: «The executing authority *may* also have recourse to an investigate measure». Las cursivas son nuestras.

EEl se haya supeditada a que la medida acordada por la autoridad de ejecución tenga la misma eficacia que la medida sustituida pero resulte menos lesiva que esta última desde la perspectiva del derecho a la intimidad. La sustitución toma como premisa, por tanto, el hecho de que la medida de investigación interesada en el EEI afecte al derecho a la intimidad, lo que, *prima facie*, parece razonable, habida cuenta que la mayoría de las diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales (la entrada y registro domiciliario, la intervención de las telecomunicaciones, las diligencias dirigidas a obtener información sobre cuentas u operaciones bancarias, etc.) pueden considerarse restrictivas o limitativas de aquel derecho, *lato sensu*. Sin perjuicio de esto último, conviene reparar que determinadas diligencias de investigación alcanzan *per se* a parcelas de la dignidad humana distintas del derecho a la intimidad. Tal es el caso, por ejemplo, de las investigaciones encubiertas (art. 27 bis), pues aun siendo cierto que la concreta actividad de los agentes infiltrados o con identidad falsa puede comportar el acceso a determinadas facetas de la intimidad de las personas que son objeto de investigación, también lo es que el derecho que resulta afectado por la técnica de la infiltración no siempre es el derecho a la intimidad sino, más propiamente, el «derecho a la autodeterminación informativa» o, en términos más conocidos por todos, el «derecho al libre desarrollo de la personalidad»³⁸. Esto sentado, a nadie escapa que reconducir el principio de proporcionalidad al derecho a la intimidad supone restringir injustificadamente la virtualidad de aquel principio, pues tal ligazón excluye la posibilidad de operar el juicio de necesidad respecto de otras diligencias de investigación que pueden alcanzar negativamente a otras parcelas de la dignidad humana. Superar este sinsentido pasa por una solución sencilla: sustituir la actual referencia a la intimidad por una expresión más genérica, comprensiva de cuantos derechos fundamentales pueden, en abstracto, verse negativamente alcanzados durante el transcurso de una investigación penal.

Por último, también es claro que la previsión de sustituir la medida indicada en el EEI por otra más acorde con las exigencias del principio de proporcionalidad en el Estado de ejecución constituye un elemento de flexibilización en las investigaciones transfronterizas que contribuye muy positivamente a su eficacia. Y es que, en términos de eficacia, el recurso a una medida distinta de la instada en el EEI pero que permita obtener los mismos resultados que ésta es una opción obviamente preferible al rechazo absoluto de la asistencia requerida. De aquí, que este rechazo se configure como una opción residual o subsidiaria para la autoridad de ejecución (art. 9, apartado 3).

La flexibilidad que informa todo lo relativo a esta posibilidad-deber de recurrir a una medida distinta de la señalada en el EEI alcanza igualmente al Estado de emisión. Buena prueba de ello, es que, ante la decisión de hacer uso de este recurso por parte de la autoridad de ejecución, la autoridad de emisión puede decidir retirar la ayuda solicitada (art. 9, apartado 2), lo que sin duda hará si los resultados obtenidos a través de la medida propuesta resultaran inadmisibles conforme a su ordenamiento interno.

3. Motivos de denegación del reconocimiento o de la ejecución

Según venimos diciendo, la Iniciativa comentada apostó, en un principio, por limitar al máximo los motivos de denegación del reconocimiento o de la ejecución del EEI. Esta apuesta inicial respondía fielmente al anhelado objetivo de reforzar el elemento central de la política criminal de la Unión Europea: el principio de reconocimiento mutuo. En esto —obligado es reconocerlo—, la Iniciativa constituía una novedad. Y es que, aun cuando el principio de reconocimiento mutuo constituye el fundamento de las muchas Decisiones Marco dictadas durante los últimos años en materia de cooperación judicial penal, la amplia lista de motivos de denegación incluida en estos instrumentos dejaban al descubierto una paradójica falta de sintonía con aquel principio y su finalidad: propiciar el reconocimiento y ejecución directa en cualquier Estado miembro

³⁸ Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración policial y «agente encubierto»*, Granada, 2001, p. 92 a 109.

de las resoluciones judiciales dictadas en otro Estado miembro, prescindiendo a tal efecto de las diferencias —sustantivas y procesales— entre las legislaciones domésticas³⁹.

Desde el más escrupuloso respeto, por tanto, al principio de reconocimiento mutuo, los motivos de denegación originariamente previstos en el artículo 10 de la Propuesta se limitaron a los cuatro siguientes⁴⁰ —todos ellos de carácter facultativo—:

1.º La existencia de inmunidad o de privilegio en el Estado de ejecución que imposibilite el cumplimiento del EEI;

2.º La posibilidad de que, en un caso concreto, el cumplimiento del EEI pudiera lesionar los intereses esenciales de la seguridad nacional, comprometer a la fuente de información, o implicar la utilización de información clasificada relacionada con determinadas actividades de inteligencia;

3.º La imposibilidad de recurrir a una medida de investigación distinta de la indicada en el EEI y con la que alcanzar un resultado similar; y

4.º La emisión del EEI en el curso de un procedimiento no penal, si es que la medida indicada en él no pudiera haber sido autorizada en el Estado de ejecución en un caso similar nacional.

Comparados estos supuestos con los que actualmente permiten la denegación del reconocimiento y ejecución de resoluciones relativas a la obtención de determinados elementos de prueba, saltan a la vista las omisiones:

Así, y de un lado, entre los posibles motivos de rechazo del EEI, no se incluyeron la ausencia de validación del exhorto por parte de la autoridad judicial ni el supuesto de que el formulario emitido fuera incompleto o manifiestamente incorrecto y tales defectos no hubieran sido subsanados en el plazo fijado al efecto por la autoridad de ejecución⁴¹.

³⁹ Los motivos de denegación del reconocimiento o ejecución de una resolución proveniente de otro Estado miembro constituyen algo así como el «sismógrafo» del principio de reconocimiento mutuo, pues cuanto más limitados son aquéllos mayor es el deber de los Estados de contribuir a la cooperación reclamada y, por lo mismo, mayor el grado de desarrollo que cabe predicar de aquel principio.

⁴⁰ Junto a estos motivos, el mencionado Capítulo IV de la Iniciativa recogía, también en su versión inicial, algunos motivos específicos de denegación del EEI. La especificidad de estos motivos radicaba en que la facultad de rechazar la cooperación reclamada se hacía depender de las concretas medidas o técnicas de investigación indicadas en el EEI. Así, tratándose del traslado temporal de detenidos al Estado de emisión con fines de investigación, la Iniciativa agregaba como motivos de denegación: el supuesto de que el detenido no prestase su consentimiento al traslado y de que el traslado mismo supusiera una prolongación del período de detención (art. 19). También respecto del traslado temporal de detenidos al Estado de ejecución, la versión original de la Iniciativa añadía dos motivos específicos de denegación: la no obtención del consentimiento de la persona trasladada, caso de resultar éste necesario; y la ausencia de acuerdo entre la autoridad de emisión y la autoridad de ejecución acerca de cuestiones prácticas relativas al traslado (art. 20). Dos, igualmente, eran los motivos de denegación del EEI previstos para el caso de que la diligencia indicada en éste consistiese en la audición telefónica: que el uso de la conferencia telefónica fuera contrario a los principios fundamentales del Estado de ejecución y que el testigo o el perito se mostraran en desacuerdo con que su declaración se realizara de esta manera (art. 21). Para las diligencias dirigidas a obtener información sobre cuentas bancarias, la redacción original del artículo 23 establecía como motivo de denegación el hecho de que el delito investigado fuera sancionable en el Estado de emisión y de ejecución por debajo de un determinado límite de pena, o se tratase de un delito no contemplado en el artículo 4 de la Decisión Europol o de un delito no previsto en el Convenio relativo a la Protección de los Intereses Financieros de las Comunidades Europeas o en sus Protocolos. Finalmente, para las medidas de investigación que implicaban la reunión de pruebas en tiempo real, de manera continua y durante determinado período de tiempo, el artículo 27 añadía a los motivos genéricos de denegación ex artículo 10 el supuesto de que la ejecución de la medida en cuestión no estuviera autorizada en casos nacionales similares.

⁴¹ Estos dos supuestos sí se contemplan, en cambio, expresamente entre los motivos que permiten denegar el reconocimiento o ejecución de un exhorto en materia de obtención de pruebas. Cfr. artículo 13, apartado 1, literales e) y h) de la DM 2008/978/JAI.

Y lo mismo cabe decir respecto de la infracción de la proscripción de *bis in idem*, la falta de doble tipificación y el denominado criterio o excepción territorialidad⁴².

Según las iniciales previsiones de la Iniciativa, tampoco estos últimos supuestos permitían, en efecto, denegar el reconocimiento o ejecución del EEI. Esto, no obstante, los cambios que, durante su tramitación, ha experimentado el texto de la Propuesta, han alcanzado a este segundo grupo de ausencias⁴³. Veamos por qué y con qué alcance.

a) La proscripción de *bis in idem* y el «criterio de territorialidad»

Entre los motivos de denegación de reconocimiento y ejecución del EEI, la actual redacción del apartado 1 del artículo 10 de la Propuesta de Directiva agrega dos supuestos a los inicialmente previstos.

El primero de ellos estriba en la posibilidad de rechazar la ejecución del EEI si es que ésta fuera contraria al principio *ne bis in idem*⁴⁴. A tenor de la dimensión «fundamental» que a este derecho conviene en reconocerse tanto desde los ordenamientos internos de los Estados miembros como desde la propia Unión Europea (*vid.* art. 50 Carta Europea de Derechos Fundamentales), su incorporación a la lista de motivos de denegación del EEI ha sido, generalmente, saludada como un acierto. Y no es para menos, pues la eliminación de este motivo del contexto de este nuevo instrumento equivaldría a permitir que una misma persona pudiera verse sometida a investigación en un Estado miembro por hechos respecto de los que incluso puede haber depurado ya su responsabilidad en otro Estado.

Esto, con todo, interesa precisar que este nuevo motivo no permitirá la denegación del EEI desde la consideración «doméstica» que en el estado de ejecución se tenga de la proscripción de *bis in idem*, sino desde el limitado alcance que este derecho fundamental merece en el

⁴² Como los mencionados en la nota anterior, también estos motivos permiten fundar el rechazo por la autoridad de ejecución al exhorto de obtención de pruebas. Cfr. artículo 13, apartado 1, literales a), b) y f), de la DM 2008/978/JAI.

⁴³ La ausencia de validación por parte de la autoridad judicial y el carácter incompleto o incorrecto del formulario en que se plasma el EEI siguen, en cambio, sin contemplarse entre los motivos que, según el artículo 10 de la Propuesta de Directiva, permiten denegar el rechazo de la cooperación reclamada. Esto, no obstante, una interpretación sistemática y teleológica de sus disposiciones permite defender que uno y otro supuesto deben entenderse igualmente incluidos entre los posibles motivos de rechazo del EEI.

De otra parte, aunque en relación igualmente con los cambios, la versión actual de la Propuesta modifica algunos extremos relativos tanto a los originales —y comunes— motivos de denegación del artículo 10, como a los específicos motivos de denegación previstos en sus Capítulo IV y IV (bis):

Así, y respecto de aquellos primeros, se incorpora expresamente al supuesto de inmunidad o privilegio la protección normativa dispensada desde el Estado de ejecución a los hechos cometidos al amparo de la libertad de prensa y a la libertad de expresión en otros medios de comunicación.

En cuanto a los específicos motivos de denegación relativos a las medidas de investigación ex Capítulo IV y IV (bis), los cambios afectan a los relativos al traslado temporal de detenidos al Estado de ejecución con el fin de llevar a cabo medidas de investigación (art. 20), que se suprimen; a los relativos a la audición por videoconferencia u otros medios de transmisión audiovisual (nuevo art. 21), que se ciñen a los supuestos en que el sujeto pasivo de la medida sea el sospechoso o el acusado y se concretan en que éste no preste su consentimiento a la audición o en que la ejecución de la medida en un caso concreto sean contraria a los principios fundamentales del Derecho del Estado de ejecución; a la información sobre cuentas y operaciones bancarias o financieras (arts. 23 y 24), que ahora se refunden en el supuesto de que la medida no pudiera autorizarse en un caso nacional similar; a las investigaciones encubiertas (nuevo art. 27 bis), respecto de las que se contemplan, como específicos y facultativos motivos de denegación del EEI, el supuesto de que la ejecución de esta medida no estuviera autorizada en casos nacionales similares y la ausencia de acuerdo entre la autoridad de emisión y la autoridad de ejecución acerca de cuestiones prácticas relativas a su práctica; y a la intervención de las telecomunicaciones, respecto de la que también se prevé la posibilidad de rechazo si la ejecución de esta medida no está autorizada en casos nacionales similares (art. 27 ter).

⁴⁴ El nuevo literal e) del apartado 1 del artículo 10, reza, en concreto: «si la ejecución del EEI fuera contraria al principio *ne bis in idem*, a menos que la autoridad de emisión ofrezca garantías de que la prueba transmitida al ejecutar el EEI no se utilizará en actuaciones judiciales contra una persona cuyo caso haya sido objeto de una resolución final en otro Estado miembro por los mismos hechos, de conformidad con las condiciones establecidas con arreglo al artículo 54 del Convenio de aplicación del acuerdo de Schengen, de 19 de julio de 1990».

contexto europeo⁴⁵. Significa esto, dicho a modo de ejemplo, que este motivo permitirá fundar el rechazo al EEI en aquellos casos en que la investigación iniciada en el Estado de emisión se dirija frente a una persona que, habiendo sido juzgada por los mismos hechos en otro Estado miembro mediante resolución penal firme, cumplió efectivamente la condena impuesta. Por el contrario, si en ese mismo supuesto la condena no llegó efectivamente a ejecutarse, la autoridad de ejecución no podrá esgrimir la proscripción de *bis in idem* con posibilidades de éxito; y lo mismo cabe decir si a la autoridad de ejecución le consta la pendencia simultánea de una investigación sobre la misma persona y respecto de los mismos hechos en un Estado miembro distinto del Estado de emisión, pues el concepto europeo de *ne bis in idem* no engloba la litispendencia.

En relación igualmente con el *ne bis in idem*, la Propuesta incluye la obligación de que, antes de decidir la denegación total o parcial del reconocimiento o de la ejecución de un EEI, la autoridad competente del Estado de ejecución consulte cuantos extremos considere convenientes con la autoridad competente del Estado de emisión, a la que a su vez se impone la obligación de proporcionar a aquélla, y sin demora, la información necesaria (art. 10.2). Como reconoce la propia Exposición de Motivos de la Propuesta (considerando 12 bis), este respectivo deber de consulta-información no sólo sirve al propósito de soslayar la complejidad que usualmente comporta determinar cuándo se está ante este supuesto, sino también de fomentar que en el Estado de emisión se acuerde lo necesario —de ordinario, poner fin al proceso subyacente al EEI— para evitar la conculcación del *ne bis in idem*.

El segundo motivo de denegación que se ha incorporado al texto de la Propuesta, aunque relacionado con el conocido como criterio de territorialidad, no se identifica con él ni con su tradicional razón de ser. Para una mejor comprensión de esto que decimos, conviene empezar por el dato —obvio— de que, el lugar de comisión del hecho delictivo constituye el fuero básico en los ordenamientos internos de los Estados para determinar la competencia internacional en materia penal. Siendo esto así y habida cuenta, de otro lado, del notable imperialismo jurisdiccional por el que se caracterizan las normas internas de determinación de la competencia internacional, bien se comprende que algunos de los instrumentos normativos europeos recojan como supuestos de denegación facultativa de la cooperación judicial penal reclamada, bien que los hechos que la motivan se hayan cometido total o parcialmente en el Estado de ejecución o en un lugar asimilado, bien que los hechos se hayan cometido fuera del Estado de emisión y el ordenamiento del Estado de ejecución no permita la persecución de tales hechos cuando se hubieran cometido en su territorio.

Atendida, empero, la redacción dada a este nuevo motivo de denegación, estas circunstancias no son suficientes para rechazar un EEI, sino que es necesario un *plus*. Así, en efecto, para la denegación de un EEI, es necesario no ya sólo que los hechos se hayan cometido total o parcialmente en el territorio del Estado de ejecución, sino que además, lo interesado en él sea una medida coercitiva y los hechos que dan lugar a su emisión no sean constitutivos de delito en el Estado de ejecución⁴⁶. Esto sentado, es evidente que la *ratio* de este motivo no radica, como decíamos, en garantizar la extensión de las normas internas de competencia internacional. Tras él, se aprecia más bien la «objetivización» el juicio de proporcionalidad en relación con las medidas de investigación restrictivas de derechos fundamentales, pues es

⁴⁵ Entre la numerosa bibliografía al respecto, pueden verse los trabajos de WEYEMBERGH, A., «Le principe ne bis in idem: pierre d'achoppement de l'espace pénal européen», *Cahiers de Droit Européen* 2004, n° 3-4, pp. 337 a 374; VERVAELE, J., A.E., «The transnational ne bis in idem principle in the EU. Mutual recognition and equivalent protection of human rights», *Utrecht Law Review* 2005, vol.1, n° 2, pp. 100 a 118; PIATTOLI, B., «Ne bis in idem europeo», *Cassazione penale*, 2007, n° 6, pp. 2642 a 265. Y, en España, también a título de ejemplo, los trabajos de DE LA OLIVA SANTOS, A., «La regla *non bis in idem* en el Derecho Procesal penal de Unión Europea: algunas cuestiones y respuestas», pp. 167 a 185; CEDEÑO HERNÁN, M., y AGUILERA MORALES, M., «El "principio" *non bis in idem* a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia», pp. 187 a 241; y SANZ HERMIDA, A.M., «Sobre la delimitación de "los mismos hechos" en la aplicación transnacional de la prohibición del *bis in idem* regulada en el artículo 45 del CAAS», pp. 243 a 255; todos ellos publicados en la obra *La Justicia y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (Dir. De la Oliva Santos), Madrid, 2008.

⁴⁶ «Si el EEI — prevé el literal f) del apartado 1 del artículo 10— se refiere a un delito que de forma presunta se ha cometido exclusivamente fuera del territorio del Estado de emisión y total o parcialmente en el territorio del Estado de ejecución, el EEI prevé el recurso a una medida coercitiva y la conducta en relación con la cual se emite el EEI no es constitutiva de delito en el Estado de ejecución».

evidente que aquel juicio no se supera tratándose de medidas coercitivas relativas a hechos que no resultan delictivos en el lugar en que se cometieron.

b) La falta de doble tipificación

Otro motivo de denegación que se ha incorporado al texto de la Propuesta con ocasión de su tramitación, y respecto del que también subyace el objetivo de servir al principio de proporcionalidad, es la falta de doble tipificación (o de doble incriminación).

Respecto de este motivo, dos son los aspectos que merecen ser destacados:

Uno, es que esta causa sólo resulta esgrimible cuando la concreta medida de investigación reclamada es de naturaleza coercitiva.

Otro, es que, en el contexto de este instrumento, este motivo se vincula tanto a los hechos que dan lugar al exhorto como a la concreta medida reclamada. Así las cosas, y en su virtud, la denegación del reconocimiento o ejecución de un EEI es posible en dos tipos de supuestos:

1.º— El supuesto de que los hechos que dan lugar a la expedición del EEI no constituyan delito con arreglo a la legislación del Estado de ejecución y, además, no estén incluidos, conforme a lo indicado por la autoridad de emisión en el propio EEI, en alguna de las categorías delictivas que se incluyen en anexo a esta Propuesta, o aun estando incluidos en alguna de estas categorías, se prevea para ellos sanción distinta a una pena o medida de seguridad privativas de libertad cuyo máximo sea de al menos tres años⁴⁷ [art. 10, apartado 1 ter, literal a)].

Como a nadie escapa, este supuesto constituye una nueva claudicación a la recurrente técnica del listado de infracciones que, en relación con la doble incriminación, se utiliza en el ámbito de la cooperación judicial penal en la Unión, tomando como referente lo dispuesto el artículo 2, apartado 2, de la Decisión Marco 2002/584/JAI, relativa a la orden europea de detención y entrega. Así, en efecto, conforme a esta técnica, el EEI habrá de reconocerse o ejecutarse sin control de la doble incriminación, si los hechos delictivos que motivan su emisión están incluidos en el catálogo de treinta y dos infracciones delictivas previstas en aquel precepto y alcanzan, conforme a la ley del Estado miembro emisor, el umbral punitivo de tres años de privación de libertad. En otro caso —esto es: si los hechos que dan lugar a la emisión del EEI no están incluidos en aquel catálogo o, aun estándolo, no superan el referido límite punitivo— podrán someterse al control de la doble incriminación por parte de la autoridad de ejecución y abocar, por lo mismo, a la denegación del exhorto.

2.º— Y el supuesto de que la medida de investigación reclamada en el EEI esté limitada, con arreglo a la legislación del Estado de ejecución, a una lista o categoría de delitos, o a delitos sancionados con un determinado umbral de pena, que no incluya el delito cubierto por el EEI [art. 10, apartado 1 ter, literal b)].

Conforme a este otro supuesto, pues, es posible la denegación del EEI aun cuando los hechos delictivos que motiven la expedición del EEI estén también tipificados como delito en el ordenamiento del Estado de ejecución. Y es que lo que justifica el rechazo, en este supuesto, no es propiamente la ausencia de doble incriminación sino, más propiamente la falta de disponibilidad⁴⁸—*rectius*: de proporcionalidad— de la medida respecto del delito investigado en el Estado de emisión.

⁴⁷ Un ejemplo manido pero muy ilustrativo respecto de este supuesto es la «negación del Holocausto»: una conducta que no es constitutiva de delito en España, pero sí en otros Estados miembros como Francia, Austria o la propia Alemania cuyo Código Penal prevé penas de hasta cinco años de prisión para las conductas que incurran en aquel tipo (§130, párrafo tercero, StGB).

⁴⁸ Cfr. nota 22.

Aun cuando una lectura *a contrario* de cuanto se acaba de exponer ya permite inferir que este motivo no puede erigirse válidamente en motivo de rechazo de un EEI cuando lo reclamado en él sea una medida de investigación no coercitiva, el artículo 10, apartado 1 bis, de la Propuesta viene a recoger expresamente esta inferencia aunque con dos matices:

A la luz de este precepto, tratándose de medidas no coercitivas, la autoridad de ejecución no puede proceder al control de la doble tipificación con la extensión anteriormente referida, pero tampoco —y en esto radica el primer matiz— recurrir a una medida de investigación diferente a la instada en el EEI, tal y como autoriza el artículo 9 de la propia Propuesta. A menos, por tanto, que concurra un motivo común de denegación de los contemplados en el apartado 1 del artículo 10, tratándose de medidas de investigación no coercitivas o de cualesquiera otras previstas en el apartado 1 bis de este mismo precepto⁴⁹, la autoridad de ejecución vendrá obligada al reconocimiento o ejecución de la concreta medida interesada en el EEI.

El segundo matiz a que antes nos referíamos constituye más bien una ampliación del régimen previsto para las medidas no coercitivas a una medida de la que, propiamente, sí cabe predicar este carácter: el registro y la incautación⁵⁰. Así, en efecto, en el caso de que la medida interesada en el EEI sea el registro e incautación y concurra además la circunstancia de que, conforme a lo indicado por la autoridad de emisión del EEI, los hechos que motivan el exhorto se hallen incluidos en el referido catálogo de treinta y dos infracciones delictivas y alcancen el umbral punitivo de tres años de privación de libertad, la autoridad de ejecución ni podrá rechazar el exhorto con base en la falta de doble incriminación⁵¹, ni recurrir a otra medida distinta.

A modo de recapitulación de cuanto aquí se ha expuesto y con el fin de aportar algo de simplicidad en lo relativo al complejo régimen que rodea lo referente a los motivos que posibilitan el rechazo de un EEI, puede concluirse afirmando que la determinación de estos motivos requiere atender, en primerísimo tiempo, a la concreta medida de investigación interesada y a su inclusión en alguna de las siguientes categorías⁵²:

La primera categoría resulta comprensiva dos tipos de medidas distintas: aquellas que, en abstracto, suponen una nula o escasa ingerencia en los derechos fundamentales; y aquellas otras que, pese a revestir un carácter claramente coercitivo y afectar al derecho a la intimidad, se aplican de manera habitual en el ámbito de la asistencia judicial penal y están previstas en todas las legislaciones domésticas de los Estados miembros (los registros e incautaciones). Para aquel primer tipo de medidas, en todo caso, y para éstas, bajo determinadas condiciones, se quiere que la ejecución del EEI sea lo más automática posible, con lo que los motivos de

⁴⁹ Este apartado extiende el régimen previsto para las medidas de investigación no coercitivas a las medidas consistentes en: la audición de un testigo, una víctima, un sospechoso o un tercero en el territorio del Estado de ejecución; la obtención de información o de pruebas que obren en poder del Estado de ejecución siempre que esas pruebas hubieran podido obtenerse en el seno de un procedimiento penal o a los fines de un EEI; la obtención de la 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 proceso penal; y a la identificación de personas que sean titulares de un número de teléfono o una dirección IP determinados.

⁵⁰ Este matiz es tributario de lo dispuesto en la DM 2008/978/JAI, cuyo artículo 14, apartados 1 y 2, exigen, bajo las mismas condiciones, la verificación de la doble tipificación cuando sea necesario proceder a un registro o una incautación para ejecutar el exhorto de obtención de prueba.

⁵¹ La falta de doble tipificación no será, en cualquier caso, motivo de rechazo de un EEI en materia de tasas o impuestos y aduanera: no podrá denegarse, pues, su reconocimiento y ejecución aduciendo que «la legislación del Estado de ejecución no impone el mismo tipo de tasa, impuesto o derechos, o no contiene el mismo tipo de normativa en materia fiscal, aduanera o cambiaria que el estado de emisión» (art. 10, apartado 1 *quater*).

⁵² Este criterio responde a la recomendación formulada en su día por el Grupo de Trabajo del Consejo, como da fe el Expediente interinstitucional 2010/0817 (COD). A tenor del actual texto de la Propuesta, no hay duda de que el Consejo hizo suya aquella recomendación, asumiendo una diferenciación de los motivos de denegación del EEI en función de las medidas de investigación interesadas y de su grado de afectación a los derechos fundamentales que están en juego en la investigación delictiva.

denegación que cabe esgrimir frente a éste se reducen a los seis supuestos previstos en el apartado 1 del artículo 10.

En la segunda categoría, tienen cabida, por su parte, aquellas medidas coercitivas en las que, o bien no concurren las condiciones necesarias para ser incluidas en la categoría precedente, o bien sean distintas de las que, de esta clase, se recogen en el Capítulo IV de la Propuesta. Siendo éste el tipo de medidas reclamadas en el EEI, se permite que el rechazo a la cooperación puede fundarse, además de en los supuestos comunes de denegación, en los supuestos previstos en el apartado 1 bis del artículo 10, esto es, en la falta de tipificación de los hechos que subyacen a la emisión del exhorto o en la falta de proporcionalidad de la medida con arreglo a la legislación del Estado de ejecución.

Bajo la tercera categoría, deben incluirse, por último, aquellas medidas de investigación de carácter coercitivo reguladas en el mencionado Capítulo IV. Coherentemente con el elevado nivel de afectación que, en abstracto, cabe predicar de estas medidas en relación con los derechos fundamentales que están en solfa en una investigación delictiva, la Propuesta amplía las posibilidades de denegación del EEI, sumando a los motivos previstos en los apartados 1 y 1 bis del artículo 10, otros supuestos, incluido el de que, por cualquier circunstancia, la medida no pudiera haber sido autorizada en un caso nacional similar.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Fomentar el principio de reconocimiento mutuo en el ámbito de la investigación penal transfronteriza posee indudable ventajas e inconvenientes.

Del lado de las ventajas, tiene la enorme virtualidad de simplificar y agilizar la cooperación judicial penal entre Estados miembros y, por lo mismo, de avanzar más eficazmente en la persecución de la criminalidad.

Del lado de los inconvenientes, a nadie escapa que ejecutar un EEI «de la misma manera y bajo las mismas circunstancias que si la medida de investigación hubiera sido ordenada por una autoridad del Estado de ejecución» exige hacer abstracción del no siempre equivalente nivel de protección que, al amparo de las respectivas legislaciones domésticas de los Estados, merece la protección de los derechos fundamentales y las garantías procesales durante el transcurso de la investigación penal. Implica, en otros términos, que un Estado se vea obligado a reconocer o ejecutar un EEI emitido por otro Estado cuyo ordenamiento puede ser menos garantista que el propio con la posición del justiciable.

Alcanzar las ventajas propias del principio de reconocimiento mutuo y soslayar a un mismo tiempo sus inconvenientes requiere, en consecuencia, hallar un modo con que compatibilizar aquel principio con la diferente protección que, a los derechos fundamentales que están en solfa en la investigación delictiva, se reconoce en los respectivos ordenamientos internos de los Estados miembros; un modo —dicho más llanamente— de lograr la cuadratura del círculo.

En la Propuesta de Directiva analizada parece haberse encontrado el camino de hacerlo.

Este camino pasa, en esencia, por establecer regímenes distintos en función del diverso grado de ingerencia que, en la esfera de los derechos fundamentales de la persona investigada, supone la realización de la concreta pesquisa reclamada por otros Estados miembros. Así las cosas, lo que viene a disponerse en esta Propuesta es, dicho muy genéricamente, una mayor potenciación del principio de reconocimiento allí donde menor incidencia tiene la pesquisa en los derechos fundamentales de la persona investigada. Y a la inversa: una menor presencia del principio de reconocimiento mutuo allí donde la pesquisa reclamada incide más profundamente en la esfera de los derechos y garantías fundamentales.

Obviamente, esta diversidad de regímenes introduce una notable complejidad en este ámbito, pues, como creemos haber dejado claro, precisar cuáles son las condiciones de emisión de un EEI, si es factible — o no— que la autoridad de ejecución recurra a una medida de investigación distinta de la reclamada en él o los motivos que permiten la denegación de su reconocimiento o ejecución son extremos que exigen de una detenida lectura de las previsiones de la Iniciativa, a menudo plagadas de añadidos y excepciones.

Con ser mejorables, éste y otros defectos de la Propuesta en nada restan a la muy deseable conveniencia de que la misma llegue a aprobarse⁵³.

Justifica esa conveniencia, de un lado, la efectiva protección que desde ella se dispensa a los derechos fundamentales que están en solfa en las investigaciones penales transfronterizas; una protección que, hasta ahora, ha estado prácticamente relegada a un segundo plano, por detrás de los esfuerzos por conseguir un más estrecha cooperación judicial penal en la Unión.

Y, de otro, su tantas veces aludida virtualidad para agilizar y simplificar la investigación delictiva transfronteriza. Contar con un único instrumento como cauce para lograr el aseguramiento, obtención y traslado de cualesquiera fuentes de prueba entre los Estados miembros; establecer plazos máximos a estos efectos; o dotar de flexibilidad al procedimiento de obtención de elementos de prueba contribuirán, ciertamente, a facilitar mucho las cosas en este terreno.

⁵³ Pese a la general valoración positiva que, desde la perspectiva de su conveniencia, merece esta Propuesta, hay quienes, no obstante, niegan la necesidad de un nuevo instrumento normativo en materia de obtención de fuentes de prueba e incluso dudan de su eficacia para solventar los problemas prácticos que le son específicos. Tal es la opinión de BACHMAIER WINTER, a cuyo parecer hubiera bastado con corregir los defectos que se observan en la aplicación de los instrumentos de asistencia judicial, originados por la sobrecarga de trabajo, la falta de formación específica y los problemas lingüísticos. Cfr. «La Orden Europea de Investigación: la propuesta de Directiva europea para la obtención de pruebas en el proceso penal», *cit.*, p. 91 a 93.

BIBLIOGRAFÍA

ALLEGREZZA, S., «Cooperazione giudiziaria, mutuo riconoscimento e circolazione della prova penale nello spazio giudiziario europeo», en *L'area di libertà, sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzie* (ed. Rafaraci), Milano, 2007, pp. 619 a 719.

AMBOS, K., «Obtención transnacional de pruebas. Diez tesis sobre el Libro Verde de la Comisión Europea sobre obtención de pruebas materiales en materia penal en otro Estado miembro, y la garantía de su admisibilidad», *Revista Penal*, nº 27, 2011, pp. 3 a 14.

BACHMAIER WINTER, L., «El exhorto europeo de obtención de pruebas en el proceso penal. Estudio y perspectivas de la propuesta de Decisión Marco», en *El Derecho Procesal Penal en la Unión Europea. Tendencias actuales y perspectivas de futuro* (Coords. Armenta Deu, Gascón Inchausti y Cedeño Hernán), Madrid, 2006, pp. 131 a 178.

— «European Investigation Order for obtaining evidence in the criminal proceedings; study of the Proposal for a European Directive», *Seitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, special issue 9/2010, pp. 580 a 589.

— «La Orden Europea de Investigación: la propuesta de Directiva europea para la obtención de pruebas en el proceso penal», *Revista Española de Derecho Europeo*, 2011, nº 37, pp. 71 a 93.

— «La Orden Europea de Investigación y el principio de proporcionalidad», *Revista General de Derecho Europeo*, 2011, nº 25, pp. 1 a 23.

CEDEÑO HERNÁN, M., y AGUILERA MORALES, M., «El “principio” *non bis in idem* a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia», en *La Justicia y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (Dir. De la Oliva Santos), Madrid, 2008, pp. 187 a 241.

DEGENER, W., *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und strafprozessuale Zwangsmaßnahmen*, Berlín, 1985.

DE LA OLIVA SANTOS, A., «La regla *non bis in idem* en el Derecho Procesal penal de Unión Europea: algunas cuestiones y respuestas», en *La Justicia y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (Dir. De la Oliva Santos), Madrid, 2008, pp. 167 a 185.

GASCÓN INCHAUSTI, F., *El decomiso transfronterizo de bienes*, Madrid, 2007.

— «Investigación transfronteriza, obtención de prueba penal en el extranjero y derechos fundamentales (reflexiones a la luz de la jurisprudencia española)». Inédito.

GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid, 1990.

GLEß, S., «Free movement of evidence in Europe», en *El Derecho Procesal Penal en la Unión Europea*, *op.cit.*, pp. 121 a 131.

GRANDE MARLASKA-GÓMEZ, F., y DEL POZO PÉREZ, M., «La obtención de fuentes de prueba en la Unión Europea y su validez en el proceso penal español», en *Revista General de Derecho Europeo* 24 (2011), pp. 1 a 42.

JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F., «Orden Europea de Investigación: ¿Adiós a las comisiones rogatorias?», en *Cooperación Judicial Civil y Penal en el nuevo escenario de Lisboa* (Coord. Arangüena Fanego, C.), Granada, 2011, pp. 175 a 203.

JIMENO BULNES, M., *Un proceso europeo para el siglo XXI*, Cizur Menor, 2011.

MELILLO, G., «Il mutuo riconoscimento e la circolazione della prova», en *L' area di libertà, sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzie* (ed. Rafaraci), Milano, 2007, pp. 465 a 481.

MORÁN MARTÍNEZ, R.A., «Embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas en el proceso penal», en *El proceso penal de la Unión Europea* (Coord. De Hoyos Sancho), Valladolid, 2008, pp. 402 a 421

— «Obtención y utilización de la prueba transnacional», *Revista de Derecho Penal*, 2010, nº 30, pp. 79 a 102.

ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., «La prueba penal en el espacio judicial europeo. Asistencia judicial y mutuo reconocimiento», *La Ley Penal*, 2010, nº 74, pp. 5 a 12.

PIATTOLI, B., «Ne bis in idem europeo», *Cassazione penale*, 2007, nº 6, pp. 2642 a 2651.

SANZ HERMIDA, A.M., «Sobre la delimitación de “los mismos hechos” en la aplicación transnacional de la prohibición del 2bis in idem” regulada en el artículo 45 del CAAS», en *La Justicia y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (Dir. De la Oliva Santos), Madrid, 2008, pp. 243 a 255.

VERVAELE, J., A.E., «The transnational ne bis in idem principle in the EU. Mutual recognition and equivalent protection of human rights», *Utrecht Law Review* 2005, vol.1, nº 2, pp. 100 a 118.

WEYEMBERGH, A., «Le principe ne bis in idem: pierre d'achoppement de l'espace penal eropéen», *Cahiers de Droit Européen* 2004, nº 3-4, pp. 337 a 374.

