

La Orden Europea de Investigación: la propuesta de Directiva europea para la obtención de pruebas en el proceso penal

Lorena Bachmaier Winter

Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad Complutense

RESUMEN:

El objeto de este trabajo es analizar la Propuesta de Directiva Europea relativa a la orden –basada en el principio de reconocimiento mutuo– para la obtención de pruebas que se encuentren o hayan de obtenerse en otro Estado miembro en asuntos penales (EIO). Son muchas las cuestiones que se suscitan y se han discutido acerca de la libre circulación de la prueba en los procesos penales en Europa. No es nuestra intención recordar toda esa problemática, sino centrarnos en el contenido de la PD EIO, sus diferencias respecto al exhorto de obtención de pruebas, y valorar si este nuevo instrumento es necesario en el presente y si garantiza de manera suficiente los derechos fundamentales del imputado.

Palabras clave: Proceso penal UE; Cooperación judicial UE; Principio reconocimiento mutuo; Asistencia judicial; Obtención de pruebas; Proceso penal transnacional; Orden de investigación; Doble incriminación; Valoración prueba; Derecho defensa UE; Derechos del imputado.

Keywords: Criminal procedure Europe; Judicial cooperation Europe; Mutual recognition principle; Mutual legal assistance; Obtaining of evidence; Trans-national criminal procedure; Investigation order; Double criminality; Admissibility of evidence; Rights of the defense in EU; Rights of the accused.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyse this new European initiative regarding a European Investigation Order (EIO) based on the principle of mutual recognition which shall facilitate the gathering and transmission of evidence in criminal matters between Member States. Taking into account the discussions and problems of the free movement of evidence in criminal matters, we will try to focus mainly on the content and purpose of the PD EIO and the differences between this proposed instrument and the European Evidence Warrant. In particular we will address the question of the necessity of an EIO and analyse if it provides enough safeguards for the protection of the fundamental rights of the defendant.

Fecha recepción original: 18 de octubre de 2010

Fecha aceptación: 29 de noviembre de 2010

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
 - II. LOS ANTECEDENTES DE LA EIO: DE LA ASISTENCIA MUTUA AL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO EN MATERIA DE OBTENCIÓN DE PRUEBAS—A) *Los instrumentos de asistencia judicial mutua para la obtención de pruebas en Europa*—B) *La aprobación del exhorto europeo de obtención de ciertos objetos de prueba*—C) *Asistencia mutua versus reconocimiento mutuo*
 - III. LA ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACIÓN: UN PASO MÁS EN LA OBTENCIÓN DE PRUEBAS EN OTRO ESTADO MIEMBRO—A) *Superar la complejidad actual del sistema de obtención de pruebas como objetivo que justifica la creación de la EIO*—B) *Las diferencias esenciales entre el exhorto europeo de obtención de pruebas y la EIO*—C) *La limitación de las causas de denegación*
 - IV. VALORACIÓN DE LA PROPUESTA DE DIRECTIVA DE EIO
 - V. A MODO DE CONCLUSIÓN
-

I. INTRODUCCIÓN *

En noviembre de 2009, la Comisión Europea adoptó el denominado «Libro Verde sobre la obtención de pruebas en materia penal en otro Estado miembro y sobre la garantía de su admisibilidad»¹. A partir de esa fecha y hasta enero de 2010, la Comisión abrió un período de consultas para que los diversos interesados, gobiernos, académicos, asociaciones judiciales, asociaciones de abogados, ONGs, etc., respondieran al cuestionario adjunto relativo a la configuración de un nuevo instrumento europeo para la obtención de pruebas y su admisibilidad en el proceso penal². Posteriormente en abril de 2010, a iniciativa de varios Estados Miembro, se remitió al Parlamento Europeo y al Consejo el texto relativo a la Propuesta de Directiva relativa a la Orden de Investigación Europea³ (en adelante EIO, *European Investigation Order*⁴). La EIO combina normas que ya se incluyen en la Decisión Marco relativa al Exhorto de Obtención de Pruebas (DM EEP) y normas del Convenio Europeo de Asistencia Judicial de 2000. En esencia, este nuevo instrumento extiende su ámbito de aplicación a prácticamente la totalidad de las pruebas y, además, incluye normas específicas para determinadas pruebas, en particular las relativas a interceptación de comunicaciones y a datos bancarios. El objeto de este trabajo es analizar este nuevo instrumento europeo que pretende facilitar la obtención de pruebas que se encuentren o hayan de obtenerse en otro Estado miembro para los fines de un proceso penal o de un proceso de infracción administrativa del cual pueda derivarse responsabilidad penal.

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación «lucha contra el terrorismo en Europa y restricción de los derechos fundamentales en el proceso penal» (DER 2009-11243) financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

¹ Hecho en Bruselas el 11.11.2009, COM(2009) 624 final. El texto completo puede consultarse en <http://www.eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0624:FIN:ES:PDF>

² Las respuestas remitidas por los organismos, gobiernos y autores particulares pueden consultarse en http://www.ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/news_consulting_0004_en.htm, a las que haremos las oportunas referencias a lo largo de este trabajo. Las respuestas de los gobiernos difieren bastante: algunos gobiernos se expresan abiertamente en contra de la extensión del principio de reconocimiento mutuo en relación con la obtención de prueba (así, por ejemplo el Reino Unido o Alemania); otros, por el contrario se muestran favorables a reforzar el principio de reconocimiento mutuo (así, entre otros, Holanda, España, Francia, Austria o Polonia).

³ En este trabajo hemos manejado el texto hecho en Bruselas el 29.4.2010 (COPEN 115). La iniciativa de Directiva fue presentada por los siguientes Estados Miembro: Bélgica, Bulgaria, Estonia, España, Luxemburgo, Austria, Eslovenia y Suecia.

⁴ Optamos por utilizar las siglas que corresponden a la denominación inglesa con el fin de evitar confusiones.

El reforzamiento de los instrumentos de cooperación judicial en asuntos penales constituye uno de los puntos prioritarios en la construcción del espacio de justicia europeo. Sin entrar a analizar todos los extremos que se suscitan en materia probatoria en los procesos transnacionales⁵ ni tampoco las críticas que se han alzado frente al objetivo de la libre circulación de prueba, en este trabajo nos centraremos en el contenido de la Propuesta de Directiva de EIO. En concreto, abordaremos la cuestión acerca de si resulta necesario adoptar esta orden de obtención de prueba en asuntos penales; y si la regulación propuesta es adecuada y respetuosa con los derechos fundamentales de defensa de todo imputado.

II. LOS ANTECEDENTES DE LA EIO: DE LA ASISTENCIA MUTUA AL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO EN MATERIA DE OBTENCIÓN DE PRUEBAS

Muy brevemente recordamos el camino seguido hasta la adopción de la presente propuesta de directiva relativa a la EIO⁶.

A) Los instrumentos de asistencia judicial mutua para la obtención de pruebas en Europa

La asistencia judicial para la obtención de pruebas en el ámbito europeo se ha basado principalmente en las disposiciones del Convenio de 20 de abril de 1959 sobre asistencia mutua en materia penal, elaborado en el seno del Consejo de Europa⁷. El Convenio de 1959 se complementa con los protocolos de 1978⁸ y 2001⁹. Esta normativa a su vez se completa con las previsiones sobre asistencia judicial en materia penal contenidas en el Convenio de

⁵ Acerca de los problemas de la obtención de pruebas en procesos transnacionales en Europa y su admisibilidad en el proceso penal vid., entre otros, GLEB, S., *Beweisgrundsätze einer grenzüberschreitenden Strafverfolgung*, 2006; también, AMBOS, K., «Transnationale Beweiserlangung: 10 Thesen zum Grünbuch der EU-Kommission» «Erlangung verwertbarer Beweise in Strafsachen aus einem anderen Mitgliedstaat», en ZIS 2010, núm. Especial, pp. 557-567; BACHMAIER, L., «Obtención de pruebas en Europa: La función del TEDH en la implantación del principio de reconocimiento mutuo en el proceso penal», *Revista Derecho Procesal*, 2006/1-3, pp. 53-77.

⁶ Acerca de la evolución del espacio de justicia e interior de la Unión Europea y los avances, en materia de cooperación judicial, vid., entre otros, MANGAS MARTÍN, A., «El espacio penal y judicial europeo en el marco del Tratado de la Unión Europea y la perspectiva de su reforma en 1996», en *Política común de Justicia e Interior en Europa*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid 1995, pp. 65 y ss.; PALOMO DEL ARCO, A., «Cooperación judicial penal en Europa», en *Sistemas penales europeos*, Cuadernos de derecho Judicial, Madrid 2002, pp. 325 y ss.; JIMENO BULNES, M., «Origen y evolución de la cooperación judicial en la Unión Europea», en *La cooperación civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales*, (M. JIMENO BULNES coord.), Barcelona 2007, pp. 29-57 y la bibliografía allí citada.

⁷ Consejo de Europa, Serie Tratados, núm. 30.

⁸ Consejo de Europa, Serie Tratados, núm. 99.

⁹ Consejo de Europa, Serie Tratados, núm. 182.

Aplicación de Schengen¹⁰ que reduce sensiblemente los motivos de denegación de la asistencia judicial, limita el ámbito de aplicación del requisito de la doble incriminación (art. 51) y, como regla, permite el contacto directo entre las autoridades judiciales del Estado requirente y requerido (art. 53). Estos eran los principales instrumentos para la obtención de pruebas en el ámbito de procesos penales transfronterizos hasta la entrada en vigor del Convenio europeo relativo a la asistencia judicial en materia penal de 29 de mayo de 2000. Tras una larga espera de más de cinco años, el 23 de agosto de 2005 entró en vigor este Convenio. Sin abandonar los principios de la asistencia mutua sobre los que se asienta el Convenio de 1959, este Convenio representa un importante avance en el desarrollo de la cooperación judicial.

En paralelo al avance de la vía convencional para dotar de mayor agilidad a la tramitación y cumplimiento de las peticiones de asistencia judicial mutua, en las tan citadas Conclusiones del Consejo de Tampere de 1999¹¹ se acuerda avanzar en la cooperación judicial sustituyendo paulatinamente el sistema de asistencia judicial mutua por el principio de reconocimiento mutuo, también en materia de obtención de pruebas en materia penal.

Desde entonces se han aprobado sucesivos programas de medidas en los que la obtención, transferencia y admisibilidad de pruebas aparece como uno de los objetivos prioritarios para la creación de un espacio de justicia europeo y para la eficaz lucha contra la delincuencia transnacional. En 2001 se aprueba el programa de medidas para poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal¹² en cuyo punto 2.1.1 se expresa como objetivo: «permitir la admisibilidad de las pruebas, evitar su desaparición y facilitar la ejecución de las resoluciones de registro e incautación con el objeto de garantizar que se obtengan rápidamente elementos probatorios en el marco de una causa penal». La denominada «libre circulación de la prueba penal» aparece como uno de los objetivos prioritarios en la creación de un espacio de justicia europeo y en la lucha eficaz contra la delincuencia transnacional.

B) La aprobación del exhorto europeo de obtención de ciertos objetos de prueba

El 14 de noviembre de 2003 la Comisión presentó la propuesta de Decisión Marco relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal¹³, con el fin de agilizar la cooperación judicial en materia de pruebas.

¹⁰ Vid. En concreto los arts. 48 a 53.

¹¹ http://www.europa.eu.int/european_council/conclusions/index_es.htm, Conclusiones del Consejo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999. En materia de prueba, vid. en particular el punto núm. 36.

¹² DOC 12, de 15.1.2001.

¹³ COM (2003) 688 final, de 14.11.2003. Sobre la propuesta para una Decisión Marco sobre el Exhorto Europeo de Obtención de Pruebas vid. en detalle nuestro trabajo BACHMAIER, L., «El Exhorto Europeo de Obtención de Pruebas», en *El Derecho Procesal Penal*

Posteriormente el Programa de la Haya¹⁴ fija un programa de objetivos para los próximos cinco años para avanzar en la creación de un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia y cita específicamente aquellas resoluciones que tienen por objeto la obtención y admisibilidad de la pruebas¹⁵.

Los recelos frente a la implantación del principio de reconocimiento mutuo, así como la problemática específica que se plantea en materia de obtención de pruebas en otro Estado, hizo que la aprobación de la Decisión Marco relativa al exhorto de obtención de pruebas no se produjera hasta diciembre de 2008¹⁶. En la exposición de motivos de esa decisión marco ya se especifica que ese nuevo instrumento –de alcance limitado, pues sólo se aplica a la obtención de elementos de prueba ya existentes–, constituye un «primer paso hacia un único instrumento de reconocimiento mutuo que en su momento sustituirá al actual régimen de asistencia judicial»¹⁷. Siguiendo la línea de actuación prevista, el programa de Estocolmo adoptado el 11 de diciembre de 2009 reafirma el objetivo de alcanzar la implantación del principio de reconocimiento mutuo en la obtención de cualquier tipo de pruebas en los procesos transnacionales en materia penal¹⁸. Y antes incluso de que haya llegado a aplicarse el exhorto europeo de obtención de pruebas, la Comisión ha presentado la propuesta de directiva relativa a la EIO, con un ámbito mucho más extenso que el del exhorto de obtención de pruebas. La EIO es, por tanto, el resultado en el avance del programa diseñado a partir de los principios aprobados en Tampere y que se han ido concretando desde entonces en los diversos instrumentos de cooperación europea, planes de acción y programas acordados por los Estados miembro que se han mencionado.

C) Asistencia mutua *versus* reconocimiento mutuo

Si bien la EIO es el resultado de la ejecución del programa de medidas para la implantación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en el espacio europeo, su configuración no está exenta de críticas. Muchas de esas críticas se basan en el cuestionamiento del propio fundamento del principio de reconocimiento mutuo en relación con las resoluciones de obtención de pruebas. Otras críticas se dirigen más bien a poner de relieve la desigualdad de armas que estos instrumentos generan entre la defensa y la acusación.

en la Unión Europea, Madrid 2006, pp. 131-178, y la bibliografía allí citada. Sobre el EEP vid. también los trabajos recogidos en VERVAELE, J., (ed.), *European Evidence Warrant*, Antwerpen 2004.

¹⁴ Aprobado en el Consejo Europeo de 4 y 5 de noviembre de 2004, DOC 53, de 3.3.2005.

¹⁵ Vid. el punto 3.3.1.

¹⁶ DM 2008/978/JHA de 18.12.2008.

¹⁷ Punto 39 de la Exposición de Motivos que acompaña a la Propuesta de Decisión Marco relativa al exhorto de obtención de pruebas.

¹⁸ Vid. el Programa de Estocolmo, Bruselas 23.11.2009, 16484/09, JAI 866, punto 3.1.1.

El principio de reconocimiento mutuo, que sintéticamente consiste en que las resoluciones judiciales de otro estado miembro tengan esencialmente la misma eficacia que las dictadas por un juez nacional sin previo proceso de homologación, se fundamenta en la confianza mutua¹⁹. Básicamente viene a decir que en el Estado de ejecución se puede prescindir de un control de la legalidad, necesidad y adecuación de la resolución que dicta el juez de otro Estado miembro, porque tenemos confianza en ese ordenamiento jurídico y en la labor de esos jueces. Por tanto, aunque la resolución extranjera aplique unas normas legales diferentes, se confía en que cumple con la legalidad del Estado de origen y que, por tanto, se ajusta a los parámetros comunes de respeto de los derechos humanos. Así, al margen de que en el sistema de asistencia judicial mutua y en el sistema de reconocimiento mutuo cambian la estructura formal de cooperación –la «petición» de cooperación se sustituye por una «orden» para realizar una actuación solicitada–, la diferencia fundamental entre la asistencia mutua y el reconocimiento mutuo estriba en el control que el Estado requerido puede realizar respecto de la petición emitida por el Estado requirente y, sobre todo, en los motivos de denegación que pueden esgrimirse para denegar el reconocimiento y ejecución de la medida solicitada. El principio de reconocimiento mutuo parte de la premisa de que el estado requerido no cuestiona –no puede cuestionar– los motivos o la necesidad de la medida solicitada, mientras que en el sistema de asistencia judicial mutua, el estado de ejecución sí puede llevar a cabo un control más exhaustivo de la decisión adoptada en el estado emisor. Ello no implica, sin embargo, que en aplicación del principio de reconocimiento mutuo, la medida solicitada haya de ejecutarse automáticamente, pero sí que los motivos de oposición quedan, como regla, restringidos.

Como es sabido, en el Convenio de 1959 se incluyen como causas de denegación de la asistencia judicial el posible «perjuicio a la soberanía, la seguridad, el orden público u otros intereses esenciales del país» (art. 2). Se trata de causas de denegación que dejan abierto un amplio margen de discrecionalidad, pues su contenido es amplio y en gran medida indefinido. A ello se añade, que podrá denegarse la ejecución de peticiones de asistencia relativas a registros o embargos, si no se cumple el presupuesto de la doble incriminación, si la infracción que motiva la requisitoria no podría dar lugar

¹⁹ Sobre el principio de reconocimiento mutuo en el ámbito judicial penal, vid., entre otros, ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., *Espacio penal europeo y mutuo reconocimiento*, 2006; JIMENO BULNES, M., «European Judicial Cooperation in Criminal Matters», *European Law Journal*, vol. 9-5 (dic. 2003), pp. 614-630; BUJOSA VADELL, L. M., «Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales penales: estado de la cuestión en la Unión Europea», en *Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional*, Cuadernos de Derecho Judicial XIII, pp. 454 et seq; GLEB, S., «Zum Prinzip der gegenseitigen Anerkennung», *ZStW* 116 (2004), pp. 353-367; PEERS, S., «Mutual recognition and criminal law: Has the Council got it wrong?» *41 Common Law Market Rev.* 2004, pp. 5 et seq.; HOYOS SÁNCHEZ, M. de, «El principio del reconocimiento mutuo como principio rector de la cooperación judicial europea», en *La cooperación civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales*, cit., pp. 69-90.

a la extradición al país requerido, o si la ejecución de la medida no resulta compatible con la ley del Estado requerido (art. 5)²⁰. Si bien el requisito de la doble incriminación se suaviza mediante el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (art. 49), los motivos de denegación continúan siendo en esencia los previstos en el Convenio de 1959, además del principio de *ne bis in idem*.

De acuerdo con la valoración realizada por las instituciones europeas, los mecanismos convencionales de asistencia judicial mutua adolecen de falta de eficacia. Para superar esa falta de eficacia, se persigue sustituir la vía de la asistencia mutua por instrumentos de cooperación judicial europeos basados en el reconocimiento mutuo, que, además de agilizar la transmisión de solicitudes y evitar obstáculos lingüísticos y formales, limiten los motivos de denegación de auxilio. Así, en la DM relativa al exhorto de obtención de pruebas, los motivos de denegación se regulan con carácter facultativo y se refieren a la infracción del principio de *ne bis in idem*; ciertas inmunidades y privilegios; motivos de seguridad nacional e inteligencia; que la medida solicitada no pueda llevarse a cabo mediante las medidas previstas legalmente en el Estado de ejecución; y también se denegará la ejecución en ciertos casos cuando no concorra el presupuesto de la doble incriminación²¹. Como puede observarse, en la regulación del exhorto europeo de

²⁰ Art. 5: «1. Toda Parte Contratante, en el momento de la firma del presente Convenio o del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión, podrá, mediante declaración dirigida al Secretario General del Consejo de Europa, reservarse la facultad de someter la ejecución de las comisiones rogatorias que tengan como fin un registro o un embargo de bienes, a una o varias de las condiciones siguientes:

que la infracción que motive la comisión rogatoria sea punible según la ley de la Parte requirente y de la Parte requerida;

que la infracción que motive la comisión rogatoria pueda dar lugar a la extradición en el país requerido;

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

2. Cuando una Parte Contratante hubiere formulado una declaración conforme a lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo, cualquier otra Parte podrá aplicar la regla de la reciprocidad».

²¹ Artículo 13: Motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución

1. Se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución del exhorto en el Estado de ejecución en cualquiera de los siguientes supuestos:

- a) si su ejecución infringe el principio de *ne bis in idem*;
- b) si, en los casos mencionados en el artículo 14, apartado 3, el exhorto se refiere a actos que no constituyen un delito con arreglo a la legislación del Estado de ejecución;
- c) si no es posible ejecutar el exhorto mediante ninguna de las medidas de que dispone la autoridad de ejecución en el caso específico con arreglo al artículo 11, apartado 3;
- d) si una inmunidad o un privilegio conforme a la legislación del Estado de ejecución hace imposible ejecutar el exhorto;
- e) si, en uno de los casos a los que se hace referencia en el artículo 11, apartados 4 o 5, no se ha validado el exhorto;
- f) si el exhorto se refiere a hechos delictivos que:
- i) conforme a la legislación del Estado de ejecución se consideren cometidos en su

obtención de pruebas, sin invocarse una cláusula tan genérica como la de «orden público», sí se recoge una amplia lista de motivos de denegación de la petición de prueba. Debido a que la implantación del principio de reconocimiento mutuo habría de realizarse gradualmente o *step by step*, no se eliminan las causas de denegación, pero la propia DM prevé que para el año 2014 se valore si las contempladas en el artículo 13.1 y 3 han de ser eliminadas o modificadas²².

Antes aun de comenzar la aplicación de la DM relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas, ya se presentó la propuesta de la orden europea de investigación, cuyo ámbito cubriría también las pruebas que contempla la DM de 2008. Antes de valorar el texto de la nueva EIO, veamos muy brevemente cuál es su contenido y cuáles son las principales diferencias que contiene respecto de la DM sobre obtención de pruebas de 2008.

III. LA ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACIÓN: UN PASO MÁS EN LA OBTENCIÓN DE PRUEBAS EN OTRO ESTADO MIEMBRO

A) Superar la complejidad actual del sistema de obtención de pruebas como objetivo que justifica la creación de la EIO

El proceso desde la elaboración de la propuesta de DM relativa al exhorto de obtención de pruebas hasta su efectiva aprobación en 2008, ha sido largo y no exento de obstáculos. Es cierto que dicho instrumento supone un avance en el proceso de implantación del principio de reconocimiento mutuo, pero, no obstante, debido a su limitado ámbito de aplicación se trata de un avance poco efectivo. En un proceso cuyo objetivo es simplificar y agilizar la cooperación judicial en Europa y, en concreto, la práctica y transmisión transfronteriza de elementos de prueba, la DM de 2008 no creemos que en la práctica represente un avance significativo, pues sólo cubre elementos de prueba, datos u objetos ya preexistentes. Para cualquier otra petición probatoria los fiscales y jueces habrán de cursar la correspondiente rogatoria conforme a los Convenios de asistencia judicial de 1959 y de 2000. En un ejemplo: si en la instrucción se solicitan los datos sobre transacciones

totalidad, o en una parte importante o esencial, en el territorio de este o en un lugar equivalente a su territorio, o

ii) se cometieron fuera del territorio del Estado de emisión y la legislación del Estado de ejecución no permite la acción penal contra tales delitos en caso de haber sido cometidos fuera del territorio de aquel Estado;

g) si, en un caso concreto, su ejecución pudiera lesionar intereses esenciales de seguridad nacional, comprometer a la fuente de la información, o implicar la utilización de información clasificada relacionada con determinadas actividades de inteligencia, o

h) si el formulario previsto en el anexo está incompleto o es manifiestamente incorrecto y no se ha completado o subsanado en un plazo razonable fijado por la autoridad de ejecución.

²² Art. 24.3 DM Exhorto europeo obtención de pruebas.

bancarias, la declaración de un testigo y además la remisión de un documento relativo a la profesión de un sospechoso, esa petición no podrá cursarse a través del exhorto de obtención de pruebas, pues tanto los interrogatorios como la vigilancia de cuentas bancarias están expresamente excluidas de su ámbito de aplicación (art. 4). Por ello, será más cómodo y rápido para la autoridad requirente cursar la petición de todas las pruebas en una misma solicitud a través del cauce previsto en el régimen convencional. En suma, a nuestro juicio, las ventajas que ofrece el exhorto de obtención de pruebas son de escasa relevancia en la práctica. En la mayoría de los casos este instrumento habrá de completarse con peticiones basadas en el régimen de asistencia judicial mutua.

La regulación fragmentada de los instrumentos de cooperación europea y su necesaria coexistencia con los convenios de asistencia mutua, hacen, como bien se señala en la Exposición de Motivos de la propuesta de EIO, que su manejo sea complicado y difícil. Por tanto, la propia fragmentación contraviene el objetivo de la simplificación y la agilización, riesgo que la Comisión ya había previsto, pero con un efecto transitorio: hasta que se pudiera implantar un único instrumento de obtención de pruebas. Ese es el motivo principal que se invoca para justificar la aprobación de un nuevo instrumento europeo de obtención de prueba que cubra todas –o las máximas posibles– solicitudes de práctica de prueba, y no sólo las relativas a objetos ya existentes y que no requieren ser analizados.

La lógica de la creación de la EIO es la siguiente: en la cooperación dirigida a la obtención de pruebas no es conveniente –porque complica– que se superpongan los instrumentos europeos basados en el principio de reconocimiento mutuo con los instrumentos de asistencia judicial mutua. Lo deseable es un único instrumento que dé cabida a todas las peticiones de prueba. Ante esa situación caben las siguientes soluciones: o ampliar el ámbito de aplicación del principio de reconocimiento mutuo a todas las peticiones de prueba; o, por el contrario, tramitar todas las peticiones a través de la vía de la asistencia judicial mutua. La Comisión opta por la primera: antes incluso de que se aplique el exhorto de obtención de pruebas, propone un nuevo «exhorto», pero cuyo ámbito cubra sustancialmente todas las solicitudes de prueba y también su aseguramiento. Esa opción, reiteramos, se basa en la premisa de que los sistemas de transmisión y ejecución de rogatorias a través de la vía convencional son excesivamente lentos y complejos y, por tanto, han de ser sustituidos. Más adelante, volveremos sobre esta conclusión, pues no existen evidencias claras de que el régimen de asistencia judicial mutua deba ser en todo caso sustituido por instrumentos basados en el principio de reconocimiento mutuo.

B) Las diferencias esenciales entre el exhorto europeo de obtención de pruebas y la EIO

La Propuesta de Directiva de EIO se dirige por tanto a superar la indeseable fragmentación de los cauces y de la normativa para obtener pruebas que se

encuentran o que deben practicarse en otro Estado miembro. Para superar las deficiencias del exhorto europeo de obtención de pruebas, la EIO cubre cualquier medida de investigación, excepto los equipos conjuntos, la interceptación de comunicaciones de transmisión inmediata y las intervenciones de comunicaciones de personas que se encuentran en el estado requirente o en un tercer estado (art. 3 PD EIO). A diferencia del exhorto de obtención de pruebas, en la propuesta de EIO no se restringe su aplicación a una lista tasada de delitos. En principio, podrá cursarse a través de este cauce, la solicitud de prueba relativa a cualquier tipo de conducta delictiva.

Por otro lado, los motivos para denegar la ejecución de la petición de prueba se limitan, pues no se hace referencia al *ne bis in idem* ni al requisito de la doble incriminación. El artículo 10 de la PD EIO sólo alude a a) supuestos de inmunidad o privilegios conforme a la ley del estado de ejecución; b) motivos de seguridad o interés nacional, así como de actividades de inteligencia; c) la medida solicitada no está prevista y no existe ninguna otra mediante que permita alcanzar un resultado equivalente; y d) la medida se ha solicitado en relación con un proceso no penal y para ese tipo de casos la legislación del estado requerido no autoriza la adopción de tal medida de instrucción. El hecho de que la medida de investigación solicitada no esté prevista en el estado de ejecución, por tanto, no supone automáticamente una causa de denegación, sino que previamente la autoridad del estado requerido habrá de intentar dar cumplimiento a la petición a través de otro tipo de medida que sea legal en el estado de ejecución. Sólo si ello resulta imposible, dará lugar a una denegación de la solicitud. En parecidos términos se aborda el supuesto de que la medida solicitada, sí esté regulada en el estado de ejecución, pero para delitos más graves que el que figura en la solicitud de EIO. En ese caso, el artículo 9.1c) PD EIO dispone que se dé cumplimiento a la solicitud a través de otra medida de investigación diferente. Y sólo si ello no fuera posible, sería procedente denegar la solicitud.

En el texto de la PD EIO se ha eliminado el requisito contenido en el artículo 7 DM EEP, el cual condiciona la emisión del exhorto a que se cumplan los requisitos de legalidad, admisibilidad, proporcionalidad y necesidad de la medida²³. Ciertamente, la eliminación de este precepto no supone un cambio significativo, pues se da por supuesto que toda autoridad

²³ Artículo 7 DM exhorto obtención de pruebas:

Condiciones para emitir el exhorto.

Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para asegurarse de que el exhorto se expida sólo cuando la autoridad de emisión considere que se cumplen las siguientes condiciones:

- a) los objetos, documentos o datos recabados son necesarios y proporcionados al objeto de los procedimientos contemplados en el artículo 5;
- b) los objetos, documentos o datos podrían obtenerse conforme a la ley del Estado de emisión en un caso comparable si estuvieran disponibles en su territorio, aunque hubiera que utilizar para ello medidas procesales diferentes.

Estas condiciones se evaluarán exclusivamente en el Estado de emisión en cada caso.

judicial antes de emitir una petición de prueba al extranjero ha valorado la necesidad de la misma y su legalidad. No obstante, no está de más que se recuerden estos presupuestos.

La PD EIO incluye normas específicas sobre ciertas medidas de asistencia judicial, que no quedaban cubiertas por la DM relativa al exhorto de obtención de pruebas, pero que sí están reguladas en el Convenio europeo de asistencia judicial de 29 de mayo de 2000 y en sus protocolos. Lejos de introducir innovaciones relevantes, lo que en esencia se ha hecho es trasladar la regulación contenida en el Convenio relativa a ciertas pruebas, al texto de la EIO, con el fin de que a través de un instrumento único puedan canalizarse todas las peticiones de prueba posibles y reducir la fragmentación normativa. Entre esas medidas se encuentran, por ejemplo: el traslado temporal de detenidos²⁴; el interrogatorio de personas a través de videoconferencia (art. 21 EIO, equivale al art. 10 del Convenio 2000) o mediante audición telefónica (art. 22 EIO se corresponde con el art. 12 del Convenio 2000); la interceptación de comunicaciones (medida cubierta dentro de la normativa general de la EIO, ya estaba prevista en los arts. 17-22 del Convenio de 2000); la solicitud de datos bancarios y el control de transacciones bancarias (arts. 23, 24 y 25 EIO, se corresponden con la regulación contenida en el Protocolo del Convenio de 2000, de 16 de octubre de 2001); o las entregas vigiladas (art. 26 EIO, se corresponde con el art. 12 del Convenio 2000).

En cuanto a los plazos de ejecución de las solicitudes de prueba, tanto en el Convenio de 1959 como en el de 2000, no se fijan plazos concretos, si bien en este último se indica expresamente que la solicitud habrá de ejecutarse «cuanto antes teniendo en cuenta los plazos procedimentales y de otra índole que hubiere indicado el estado requirente» (art. 4.1 Convenio 2000). Ello no obstante, en la práctica se producen importantes demoras en la ejecución de las comisiones rogatorias. Esos retrasos inciden negativamente en la eficacia de la investigación del delito y, obviamente, obstaculizan el avance del proceso judicial. Con el fin de agilizar la ejecución de las solicitudes de prueba, ya en la DM relativa al exhorto de obtención de pruebas se han fijado unos plazos máximos para el cumplimiento de la petición de prueba, plazos que también se regulan en la PD EIO²⁵.

Por último, una diferencia importante entre la DM EEP y la PD EIO se aprecia en relación con los recursos. Mientras que el artículo 18 DM EEP

²⁴ Los arts. 19 y 20 PD EIO regulan el traslado temporal de detenidos que ya figura en el artículo 9 Convenio 2000, si bien la regulación de la PD EIO es más completa.

²⁵ Tanto en la DM EEP como en la PD EIO se expresa que el estado requerido adoptará inmediatamente las medidas necesarias para dar cumplimiento a la solicitud. Además de ello, se fijan plazos máximos para informar sobre el reconocimiento y también para ejecutar la medida. El artículo 15.3 DM EEP señala que el exhorto ha de cumplirse en un plazo ordinario máximo de 60 días con una posible prórroga de otros 30 días. El artículo 11.4 PD EIO prevé lógicamente un plazo algo más extenso debido a que el ámbito de este instrumento no se limita a la obtención de elementos preexistentes, en concreto 90 días.

contiene previsiones sobre la necesidad de facilitar el acceso a los recursos a las partes interesadas y a terceros de buena fe afectados por la medida adoptada en cumplimiento del exhorto europeo, en el texto de la PD EIO se prescinde de cualquier regulación o referencia a los recursos.

C) La limitación de las causas de denegación

Dos son los puntos que, a nuestro juicio, requieren un análisis más detallado: la eliminación del requisito de la doble tipificación y la ausencia de una cláusula de orden público que permita al estado requerido oponerse a peticiones que considera contrarias a su concepción de la legalidad y la proporcionalidad y sus principios fundamentales; y, en segundo lugar, el difícil encaje de una orden de cooperación judicial que ha de aplicarse en sistemas de justicia penal regidos por diferentes principios.

a) Conforme a la redacción de la nueva PD EIO, el estado requerido vendrá obligado a dar cumplimiento a la solicitud proveniente de otro estado miembro, aunque esa cooperación vaya dirigida a la investigación y enjuiciamiento de una conducta que en el estado requerido no es punible. En la DM EEP la doble tipificación también se ha eliminado con carácter general como requisito para dar cumplimiento a la solicitud de prueba, pero, sin embargo, se mantiene para los casos en que sea necesario realizar una entrada y registro para la obtención de los elementos de prueba y el delito no sea de los enumerados en el artículo 14 DM EEP²⁶. La Comisión ha señalado que el requisito de la doble incriminación es contrario al principio del reconocimiento mutuo y por ello aboga por la progresiva eliminación del mismo. En la PD EIO directamente desaparece este requisito. Ello significa que, al amparo de la EIO, el estado requerido habrá de llevar a cabo una medida de investigación y obtención de pruebas para la persecución de una conducta, aunque esa conducta no esté tipificada como delito en el estado requerido.

Se puede argumentar que la cooperación entre estados y la transferencia de pruebas puede llevarse a cabo sin que para ello sea necesario que los hechos investigados sean delito en ambos estados. Nada obsta, a mi juicio, extender la obligación de cooperación en esos términos si para ello no es necesario adoptar medidas restrictivas de derechos fundamentales.

Ahora bien, si para dar cumplimiento a la petición de prueba, el estado requirente solicita que se practiquen escuchas telefónicas o que se realice una entrada y registro en domicilio particular, considero que el estado requerido debería tener la posibilidad de oponerse invocando la falta de tipificación de tal conducta en su ordenamiento jurídico²⁷. No deja de ser en

²⁶ Siendo uno de los delitos enumerados en la lista, sólo se exigirá la doble tipificación, si el delito en cuestión está penado en el estado emisor con una pena inferior a los tres años (art. 14 DM EEP).

²⁷ Los datos empíricos reflejan que los Estados miembro no son proclives a ejecutar una medida de investigación especial requerida por otro Estado miembro, si no se cumple el requisito de la doble incriminación. Vid. al respecto el amplio estudio llevado a cabo

cierto modo incoherente que un estado tenga que proceder a la restricción de los derechos fundamentales de sus ciudadanos para investigar unos hechos que ni siquiera están tipificados como delito en ese estado. Aquí ya no se cumple la premisa básica que subyace al principio de reconocimiento mutuo, que es una confianza mutua entre los distintos sistemas y operadores jurídicos. Más bien al contrario, al no estar tipificada la conducta como delito en el estado de ejecución queda patente, sin necesidad de mayor control de la motivación de la medida, que estado requirente y requerido no comparten el mismo criterio de necesidad y proporcionalidad de la medida.

En definitiva, a mi juicio, puede admitirse la eliminación del requisito de la doble tipificación como condición para dar cumplimiento a la petición de prueba proveniente de otro estado miembro, pero sólo si ello no implica adoptar medidas de investigación coercitivas que suponen una restricción de los derechos fundamentales²⁸. En tal caso, considero que, aunque no se contemple expresamente como motivo de denegación en la PD EIO, el estado requerido debería poder rechazar el cumplimiento de la orden, porque su ejecución estaría en contradicción con sus principios constitucionales. Tal solución, además, sería coherente con lo dispuesto en el artículo 9.1

b) PD EIO: contempla la posibilidad de aplazar, sustituir o incluso denegar la práctica de una medida, si en el estado de ejecución tal medida sólo se admite para delitos más graves. Con más razón debería poder denegarse la adopción de una medida si en el estado de ejecución tal medida no podría acordarse para investigar el delito que figura en la solicitud, porque tal delito no existe.

b) En segundo lugar, en el ámbito europeo coexisten sistemas jurídicos en los que el principio de legalidad se aplica estrictamente en todo el proceso penal, con otros sistemas jurídicos que admiten un mayor margen de aplicación del principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal. Así, en España, como regla, el Ministerio Fiscal tiene la obligación de perseguir todos los delitos que están tipificados en la ley, al margen de cuál sea la gravedad de los mismos o la mayor o menor pena que lleven aparejada.

por VERMEULEN, G., DE BONDT, W., and VAN DAMME, Y., EU cross-border gathering and use of evidence in criminal matters. Towards mutual recognition of investigative measures and free movement of evidence, 2010, p. 115, que puede consultarse en parte *on-line*. Acerca del intenso debate que se suscitó en torno a la eliminación de la doble incriminación en la DM sobre el mandamiento de arresto europeo, vid., entre otros, JIMENO BULNES, M., «European arrest warrant and surrender procedure: essential guarantees», in Criminal proceedings in the European Union: essential safeguards (M. Hoyos ed.), 2008, pp. 101-130, 113-122.

²⁸ Acerca del requisito de la doble incriminación vid. también SCHÜNEMANN, B., «Observations on the Green Paper on obtaining evidence from one Member State to another and securing its admissibility», en, http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/0004/civil_society/eurodefensor_en.pdf, p. 10; PEERS, S., en Statewatch analysis: «The proposed European Investigation Order: Assault on human rights and national sovereignty, expresses also his concerns with regard to the abolition of the dual criminality requirement and says it «represents a fundamental threat to the rule of law», en <http://www.statewatch.org/analyses/no-96-european-investigation-order.pdf>

En un sistema en el que el Ministerio Fiscal no tiene margen de discrecionalidad para elegir los asuntos en los que quiere concentrar sus esfuerzos ni existe una política criminal –al menos no legalmente– que permita centrar la persecución en determinados tipos de delitos, todos ellos deben ser investigados y, si se logran obtener suficientes pruebas, enjuiciados. En ese contexto, no es infrecuente que las autoridades españolas –ya sea un juez de instrucción o la fiscalía– soliciten la cooperación judicial de otros estados europeos en relación con delitos que podrían calificarse de menor gravedad. Por ejemplo, no es infrecuente que se soliciten pruebas u otras medidas de cooperación a Holanda en relación con la investigación de delitos de tráfico de drogas, en relación con cantidades no significativas. Esa misma conducta, que sí está tipificada en el estado requerido, sin embargo, en aplicación del principio de oportunidad, el estado ha decidido no invertir sus recursos en la persecución de esas conductas o infracciones penales menores. En ese contexto, en el cual un estado ha decidido no emplear recursos en el esclarecimiento de determinados hechos que se cometen en su territorio, ¿resulta coherente sin embargo que se vea obligado a utilizar sus recursos para contribuir al esclarecimiento de los mismos hechos, cuando se lo solicita una autoridad extranjera? Si se aplica lo dispuesto en la PD EIO, el estado requerido no puede invocar ni la ausencia de doble tipificación ni el principio de proporcionalidad ni las líneas de su política criminal para rechazar el cumplimiento de la orden cursada por la autoridad de otro estado miembro. Tal solución no deja de ser contradictoria, pues implicaría destinar más recursos a procurar la seguridad de otro estado que la del propio, algo que no parece lógico imponer a los diferentes estados europeos. De hecho, según nos informan miembros de la fiscalía, en la actualidad las rogatorias cursadas para delitos menores a países en los que rige el principio de oportunidad penal, de ordinario no se ejecutan.

IV. VALORACIÓN DE LA PROPUESTA DE DIRECTIVA DE EIO

En este apartado se recogen algunas de las reflexiones que nos suscita la aprobación de la EIO, tanto sus ventajas como inconvenientes, así como si es efectivamente necesario crear un orden europea de investigación y, en su caso, si éste es el momento adecuado para ello o si, por el contrario, debería demorarse su aprobación. A la hora de realizar una valoración preliminar de la PD EIO es necesario diferenciar diversos planos o perspectivas.

Si se observa la PD EIO desde la perspectiva de facilitar la cooperación judicial mutua en la obtención de pruebas que se encuentran en otro estado miembro, la valoración es esencialmente positiva. La existencia de un instrumento único para canalizar todas las peticiones de prueba –salvo las excluidas en el artículo 3.2. PD EIO– entre los estados miembro, claramente simplifica la tramitación de estas solicitudes. Las autoridades tendrían a su disposición un formulario uniforme y sencillo de cumplimentar, a través

del cual cursar las peticiones relativas a la práctica de pruebas²⁹. Con ello disminuirían las dificultades de decidir entre una pluralidad de instrumentos europeos, unos basados en el reconocimiento mutuo y otros en la asistencia mutua. Se evitaría con ello también la engorrosa tarea de comprobar si las normas de un determinado convenio son de aplicación con un determinado país o no, o si éste ha formulado reservas o no.

También merece, sin duda, una valoración positiva que en esta propuesta de directiva –de modo similar a como ya se hizo en la DM de mandamiento de detención europeo y en la DM relativa al exhorto de obtención de pruebas–, se haya incluido una declaración formal de respeto de los derechos fundamentales y los principios que dimanen del artículo 6 del Tratado de la Unión. El contenido del artículo 1.3 PD EIO añade, además, que la directiva no podrá tener el efecto de requerir por parte de los estados miembros la adopción de medidas contrarias a sus normas constitucionales relativas a derecho de asociación, libertad de prensa y libertad de expresión. Con ello queda claro que ningún estado estará obligado a reconocer o ejecutar una orden de investigación, si ello contraviene la doctrina del TEDH en materia de derechos fundamentales ni tampoco si supone la infracción de derechos fundamentales al amparo de la Constitución de los estados miembro.

En tercer lugar, considero que el hecho de que la presente PD EIO haya suavizado la estricta aplicación del principio de reconocimiento mutuo, también es positivo. Tal y como se señala en el punto 6 de la Exposición de Motivos, el presente instrumento avanza en la implantación del principio de reconocimiento mutuo, pero con la flexibilidad tradicional del sistema de asistencia mutua. Así, al regular los motivos de denegación (art. 10 PD EIO), se permite rechazar la ejecución de solicitudes cuando las normas del estado de ejecución no prevean esas medidas o sólo las autorizan para delitos más graves. Otro elemento de flexibilización lo encontramos en el artículo 8.2 PD EIO: como no podía ser de otra manera, este precepto señala que las autoridades del estado de ejecución darán cumplimiento a la orden siguiendo las formalidades y procedimientos indicados por el estado emisor, pero únicamente si la aplicación de la ley del foro no contraviene los principios jurídicos fundamentales del estado de ejecución³⁰.

También consideramos adecuada la inclusión de plazos máximos de ejecución. Es cierto que quizás ello pueda generar una excesiva presión sobre las autoridades del estado de ejecución o que, debido a la complejidad de la

²⁹ No obstante, el ámbito de aplicación de la PD EIO no está claramente delimitado, debido a que el término «medida de investigación» es poco preciso. Existen dudas acerca de si la PD EIO podría aplicarse para canalizar la petición de cualquier medida de investigación coercitiva o clandestina, como la infiltración de agentes.

³⁰ Como señala AMBOS, K. en cuanto a la regulación de los motivos de denegación de la orden de investigación el sistema de asistencia judicial mutua y el de reconocimiento mutuo están muy próximos. Vid. en «Transnationale Beweiserlangung 10 Thesen zum Grünbuch der EU-Kommission «Erlangung verwertbarer Beweise in Strafsachen aus einem anderen Mitgliedstaat», cit., para. 6.

propia medida solicitada, no sea posible en todos los casos cumplir los plazos máximos establecidos en el artículo 11 PD EIO. No obstante, a la vista de que uno de los problemas más serios en materia de cooperación judicial es el de la excesiva demora en la ejecución de las rogatorias –y específicamente aquellas relativas a la obtención de pruebas–, es posible que con la fijación de plazos se contribuya a agilizar el cumplimiento de las solicitudes. Obviamente una valoración definitiva de la regulación de plazos máximos para la ejecución de las medidas no puede realizarse a priori, pues para ello habrá que esperar a ver su aplicación práctica en un futuro.

A pesar de las ventajas que la EIO puede representar en cuanto a una mayor eficacia en la transmisión y ejecución de peticiones relativas a la obtención de pruebas en materia penal, no deja de suscitar importantes cuestiones. En primer lugar, la imposibilidad de oponerse a la medida por razones de fondo en el estado de ejecución. Esto es aplicable tanto para la autoridad requerida como para las concretas personas afectadas. Conforme al principio de reconocimiento mutuo, el estado requerido no podrá supeditar la ejecución de la medida a un control sobre la justificación de la misma. En el formulario de transmisión de la EIO ni siquiera han de incluirse cuáles son los indicios o sospechas que motivan la incoación del proceso penal y, en consecuencia, la solicitud de obtención de pruebas. La autoridad requerida ha de confiar en la valoración que haya realizado el estado emisor, sin posibilidad de comprobación alguna de la necesidad o proporcionalidad de la medida. Sólo si la autoridad requerida considera que la ejecución de la medida infringiría los derechos fundamentales, podría oponerse, en aplicación de la cláusula general del artículo 1.3 PD EIO.

Exigir que las autoridades judiciales de diferentes estados confíen entre sí «a ciegas», puede resultar aceptable. Pero exigir a las partes del proceso penal esa confianza en las autoridades públicas, ya no es tan fácil de asumir sin objeciones. Es más, entre las funciones de la defensa, está la comprobación de la legalidad y constitucionalidad de todas las medidas adoptadas en la investigación de un concreto delito. Esa comprobación de cómo se han llevado a cabo las diligencias de investigación y obtención de prueba, de ordinario, sólo podrá realizarse a posteriori. Ello es así tanto respecto de las medidas de investigación ejecutadas en el territorio nacional, como las realizadas a través de la cooperación judicial en otro estado. Pero, en cualquier caso, controlar la legalidad de la medida practicada en el extranjero supone un plus importante de dificultad, por tratarse de un ordenamiento jurídico diferente y, de ordinario, encontrarse la documentación en un idioma extranjero. Si no se cuenta con el apoyo de abogados especializados en el ordenamiento jurídico del estado –o estados– de ejecución de las medidas de investigación, el control sobre el modo en que se han obtenido las pruebas resultará prácticamente imposible. Siendo serias las mencionadas dificultades, sin embargo, no son nuevas o, dicho de otro modo, no surgen por la aplicación del principio de reconocimiento mutuo ni se derivan de los instrumentos europeos de cooperación, pues esas mismas dificultades ya

se suscitaban en relación con las comisiones rogatorias tramitadas al amparo de los convenios internacionales.

Otro punto de crítica es que no se haya incluido en la PD EIO la exigencia de autorización judicial para llevar a cabo las medidas de investigación o prueba que supongan una más grave restricción de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Más bien, del texto de la PD EIO se deduce que la EIO puede ser emitida también por un miembro de la fiscalía [art. 2 a)i)]³¹. Es cierto que el TEDH no ha exigido con carácter general la previa autorización judicial para adoptar medidas coercitivas o restrictivas de derechos fundamentales, pero, a nuestro juicio, ese principio debiera estar expresamente establecido en la PD EIO. Puesto que las partes del proceso penal van a enfrentarse con dificultades adicionales a la hora de controlar cómo se ha obtenido una prueba en el extranjero, considero que, en contraposición a esa merma de garantías, debiera exigirse la previa autorización judicial en la ejecución de toda medida coercitiva.

Pero, sin duda, la cuestión que más debates ha generado es la relativa a la igualdad de armas en el proceso penal. En la creación de un espacio europeo de justicia, la UE parece centrar sus esfuerzos únicamente en reforzar la eficacia de la persecución penal y dotar de mecanismos más ágiles a la cooperación judicial, sin que ello vaya acompañado de una preocupación equivalente por incrementar en paralelo las garantías procesales para las personas que son objeto de una acusación penal.

Es cierto que si la acusación va a disponer de medidas de carácter supranacional, la defensa del imputado debiera también poder articularse a ese nivel o, al menos, con un semejante grado de eficacia a nivel transnacional. Ello, sin embargo, dista mucho de suceder en la práctica. A excepción de un número mínimo de acusados que disponen de suficientes recursos para organizar y costear una defensa transnacional, de ordinario será difícil que el imputado pueda acceder a elementos de prueba que se encuentran en otro estado miembro ni tampoco comprobar cómo se obtuvo la prueba. De ahí que seamos muchos los que hemos apoyado la aprobación de un instrumento europeo que defina de manera uniforme las garantías procesales mínimas que han de respetarse en todo proceso penal. Sin embargo, a pesar de los intensos esfuerzos realizados desde las instituciones europeas,

³¹ En igual sentido la respuesta al Libro Verde sobre obtención de pruebas de otro Estado miembro y el aseguramiento de su admisibilidad, remitida por la Abogacía alemana (Bundesrechtsanwaltskammer), p. 3, en http://www.ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/0004/civil_society/german_federal_bar_en.pdf. Ya anteriormente habían expresado su opinión en contra de la posibilidad de que el Ministerio Fiscal emitiera el exhorto europeo de obtención de pruebas, entre otros, GAZEAS, N., «Die Europäische Beweisanordnung –Ein weiterer Schritt in die falsche Richtung?, ZRP 1/2005, pp. 18-22, 21; J. VOGEL, R., «The European Evidence Warrant: A New Legal Framework for Transnational Evidence Gathering in Criminal Matters», discurso presentado ante la European Criminal Bar Association (ECBA) en París el 1.5.2004.

esa propuesta de decisión marco todavía no ha logrado alcanzar el consenso necesario para su aprobación³².

Ante ese panorama, sin duda, la aprobación de otro instrumento que favorece la transmisión de pruebas entre autoridades judiciales, no deja de incrementar el desequilibrio entre la parte acusadora y la parte acusada³³. Ese desequilibrio tampoco es nuevo, pues los tradicionales instrumentos de asistencia judicial mutua también estaban diseñados para la cooperación entre jueces y fiscales, sin ser un cauce accesible a la defensa o al acusado. Por ello, las críticas que se esgrimen frente a esta PD EIO –o frente a la DM EEP–, también son aplicables a las normas contenidas en los convenios de asistencia judicial mutua.

Desde la perspectiva de facilitar la admisibilidad de pruebas obtenidas en otro estado miembro, la PD EIO alude a la posibilidad de que en la obtención de prueba esté presente una autoridad del estado emisor (art. 8.3). Además, se contempla la obligación de la autoridad del estado de ejecución de cumplir con las formalidades y procedimientos indicados por el estado emisor en la obtención de la prueba, siempre y cuando, claro está, ello sea compatible con los principios fundamentales de su sistema jurídico. Estas dos previsiones, ya contenidas en la DM EEP –y en parte también en el Convenio de 2000– buscan evitar la inadmisibilidad de la prueba en el estado en donde ha de surtir eficacia probatoria. Obviamente desde la perspectiva de la libre circulación de pruebas y de su admisibilidad ante cualquier tribunal, con independencia del lugar donde se obtuvo la misma, lo ideal sería que existiera una normativa procesal homogénea. Pero, como ese objetivo no es realista por el momento, sería conveniente que poco a poco se fueran aproximando las legislaciones a través de la aprobación de

³² Sobre la Propuesta de Decisión Marco relativa a determinados derechos procesales en los procesos penales celebrados en la Unión Europea, vid. BACHMAIER WINTER, L., «Proceso penal y protección de los derechos fundamentales del imputado en Europa. La propuesta de Decisión Marco sobre determinados derechos procesales en la Unión Europea», en *Garantías fundamentales del proceso penal en el espacio judicial europeo*, Madrid, 2007, pp. 41-69; C. Arangüena (ed.), *Procedural safeguards in criminal proceedings throughout the European Union*, Valladolid 2005; ARANGÜENA FANEGO, C., «Procedural safeguards of suspects and defendants», en *Criminal proceedings in the European Union: essential safeguards*, (M. de Hoyos ed.), Valladolid 2008, pp.132-163. VALBUENA GONZÁLEZ, F., «Derechos procesales del imputado», en *La cooperación civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales*, (M. JIMENO BULNES coord.), cit., pp. 397-413.

³³ A favor de posponer la EIO hasta que no se hayan aprobado unas garantías procesales mínimas aplicables a todos los imputados en cualquier proceso penal en la UE, pueden verse, por ejemplo, las respuestas de «Fair Trials International» al Libro Verde sobre obtención de pruebas de otro Estado miembro y el aseguramiento de su admisibilidad, p. 2, en http://www.ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/0004/civil_society/fair_trials_international_en.pdf; también las observaciones realizadas por CCBE (Council of Bars and Law Societies of Europe): http://www.ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/0004/civil_society/ccbe_en.pdf, p. 2; y los comentarios de la ECBA (European Criminal Bar Association) http://www.ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/0004/civil_society/ecba_en.pdf, p. 2.

unos estándar mínimos relativos a la obtención de pruebas. A la pregunta de si debieran aprobarse esas normas o directrices comunes, mi respuesta es que ello sería deseable para limar incompatibilidades normativas y así reducir los problemas relativos a la admisibilidad de pruebas. Pero, siendo deseable, a mi juicio no es un requisito previo para la aprobación de la PD EIO ni una condición que necesariamente haya de cumplirse para la implementación de instrumentos tendentes a facilitar la cooperación judicial mutua³⁴.

El tema de la admisibilidad de pruebas debe ser abordado principalmente a nivel nacional, en función de los *checks and balances* de cada sistema de justicia penal³⁵. No creo que sea función de las instituciones europeas aprobar normas relativas a cuándo debe considerarse admisible una prueba o no. Por ejemplo, en España desde hace tiempo nuestro Tribunal Supremo declaró admisible toda prueba practicada en el extranjero que se hubiera obtenido conforme a las normas del estado de ejecución³⁶. Con ello, sí se distorsiona en cierta medida la coherencia del sistema probatorio del proceso, pero se eliminan problemas de inadmisibilidad de pruebas porque no se hayan practicado exactamente conforme a la legislación del foro. En este punto coincido plenamente con SPENCER cuando afirma que la cuestión de la admisibilidad de las pruebas obtenidas en el extranjero, es una cuestión que corresponde eminentemente a la legislación nacional.

Otra cuestión es que, con el fin de dar una protección homogénea de los derechos de los acusados, a nivel europeo se aprobaran unos estándar mínimos relativos a la obtención de pruebas, es decir, no una regulación de cómo deben valorarse las pruebas o cuándo deben considerarse admisibles, sino al contrario, como criterio negativo: si en la obtención no se hubieran cumplido unos requisitos mínimos, en todo caso debiera rechazarse la admisión de esa prueba. Aun con todo, este tipo de regulación sobre la admisibilidad de pruebas en el proceso penal supondría una enorme injerencia en la estructura procesal penal de los estados miembro, que dudo que esté justificada al amparo del principio de subsidiariedad.

³⁴ En contra, sin embargo, SCHÜNEMANN, B., «Observations on the Green Paper on obtaining evidence from one Member State to another and securing its admissibility», http://www.ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/0004/civil_society/eurodefensor_en.pdf, p. 1 y p. 3, para el cual es imprescindible una previa armonización en materia de prueba (recalling for «most extensive harmonisation possible of the law of evidence»).

³⁵ Así también SPENCER, J. R., en el documento citado, y los comentarios del Deutscher Richterbund al «European Commission's Green Paper on obtaining evidence from one Member State to another and securing its admissibility», en http://www.ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/0004/civil_society/deutscher_richterbund_en.pdf, p. 2.

³⁶ STS 13/1995 (Sala de lo Penal) de 19.1.1995; más recientemente, la STS 1142/2005 (Sala de lo Penal), de 20.9.2005.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

En definitiva, desde el punto de vista de facilitar y agilizar la petición y ejecución de pruebas que se encuentran en otro estado miembro, considero que el texto de la PD EIO es en líneas generales positivo. En cualquier caso, un instrumento que sirva para solicitar la práctica de casi todas las pruebas, es mucho más útil y práctico que el EEP, al que auguramos poco éxito en la práctica.

Desde el punto de vista de la defensa, la PD EIO sigue sin contemplar la complejidad adicional que para la defensa implica enfrentarse a pruebas obtenidas en el extranjero, al tiempo que tampoco se introduce un mecanismo para equilibrar la desigualdad de armas entre partes en el proceso penal. Puede que este instrumento sea algo prematuro y quizás sería más oportuno esperar a que se aprobara la directiva sobre derechos procesales del acusado, antes de aprobar la directiva relativa a la EIO. No compartimos, sin embargo, el argumento de que sería mejor esperar a ver los resultados de la aplicación de la EEP para extraer experiencia en el ámbito de la obtención de prueba³⁷. Como ya hemos señalado más arriba, puede ya preverse la escasa aplicación práctica que tendrá la EEP, debido a su limitadísimo ámbito de aplicación.

Por último, cabe aún cuestionarse el propio fundamento de la creación de un instrumento como la EIO³⁸. La Comisión reiteradamente ha afirmado, y vuelve a expresarlo en la Exposición de Motivos de la PD EIO, que es preciso superar los sistemas de asistencia judicial mutua debido a su ineficacia. En esa línea ha ido aprobando diversos instrumentos basados en el principio de reconocimiento mutuo y ahora afirma que la coexistencia de ambos sistemas añade confusión y complejidad y, por ello, las normas convencionales de asistencia judicial mutua han de ser sustituidas. Pues bien, todo este razonamiento nos parece cuanto menos endeble.

Primero, se basa en la premisa de que los instrumentos de asistencia mutua no funcionan adecuadamente. Y segundo, sin argumentación alguna se considera que, en vez de mejorar los sistemas de asistencia mutua, será mejor sustituirlos por otros instrumentos de cooperación. Y decimos que esa argumenta-

³⁷ La EJCN (European Network of Councils for the Judiciary) se expresa, sin embargo, a favor de un avance progresivo (step-by-step approach), y en contra de la derogación de los actuales instrumentos de cooperación europea y su sustitución por la EIO, por entender que primero debería evaluarse el funcionamiento de los instrumentos actuales antes de dar el siguiente paso. Vid. http://www.ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/0004/civil_society/encj_en.pdf, p. 3. A favor de esperar a la aplicación práctica del exhorto europeo de obtención de pruebas y de realizar una valoración del funcionamiento del principio de reconocimiento mutuo, vid. también AMBOS, K., «10 Thesen zum Grünbuch der EU-Kommission» «Erlangung verwertbarer Beweise in Strafsachen aus einem anderen Mitgliedstaat», cit., punto 3.

³⁸ Sobre los diferentes modelos de cooperación judicial en materia penal en Europa, su optimización, sus requisitos, así como los condicionamientos y ventajas de las soluciones de carácter supranacional, vid. el interesante trabajo de SIEBER, U., «Die Zukunft des Europäischen Strafrechts», ZStW 121 (2009), pp. 1-67, pp. 28 et seq.

ción no nos parece sólida porque no aparece suficientemente contrastada con datos empíricos³⁹. Recientemente, en el ámbito de un proyecto de investigación europeo, hemos recopilado datos acerca del funcionamiento práctico de la cooperación judicial mutua entre los diferentes estados EU⁴⁰. A través de numerosas entrevistas personales realizadas a jueces, fiscales y abogados involucrados en procesos penales transnacionales –o con elementos transnacionales– europeos, hemos logrado detectar cuáles son los principales problemas a los que se enfrentan en materia de obtención de pruebas en el extranjero. Pues bien, los problemas principales se centran en las demoras en la ejecución de las rogatorias y en las barreras lingüísticas que dificultan en ocasiones la comunicación. Pero no se revelaron quejas respecto del sistema de asistencia mutua. Es más, en la práctica hemos podido constatar que rara vez se invocan causas de denegación en la ejecución de las rogatorias o al revés, rara vez alguno de los entrevistados se había visto obligado a denegar una solicitud de prueba. Todos coincidieron en que el sistema funciona adecuadamente, salvo las demoras en la ejecución de las rogatorias, y ninguno expresó la necesidad de sustituir el sistema de asistencia mutua por nuevos instrumentos basados en el reconocimiento mutuo para la obtención de pruebas.

En segundo lugar, si se considera que el funcionamiento de los actuales sistemas de asistencia judicial en materia de pruebas no es todo lo eficiente que debiera ser, ¿no sería mejor corregir esos defectos en vez de sustituir los instrumentos?⁴¹ ¿Por qué no se ha optado por reforzar el cumplimiento de lo previsto en el Convenio de 2000, sobre todo en cuanto a los plazos, o en dotar de más medios a la administración de justicia para que pueda dar una adecuada respuesta a las solicitudes de cooperación judicial europea? Si los problemas en la cooperación están originados principalmente por

³⁹ En este sentido también las respuestas al Libro Verde sobre obtención de pruebas presentadas por la Asociación de la Abogacía alemana (Bundesrechtsanwaltskammer), p. 2, en http://www.ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/0004/civil_society/german_federal_bar_en.pdf; las declaraciones de la ECBA al mismo Libro Verde, en http://www.ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/0004/civil_society/ecba_en.pdf; así como las respuestas remitidas por «The Law Society of England and Wales», que pueden consultarse en http://www.ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/0004/civil_society/law_society_of_england_and_wales_en.pdf. A pesar de que quizás falten datos empíricos, algunos estudios ya se dirigen a plasmar los resultados efectivos de los instrumentos de cooperación europea, como el estudio de VERMEULEN, G., DE BONDT, W., and VAN DAMME, Y., *EU cross-border gathering and use of evidence in criminal matters*, cit.

⁴⁰ El proyecto «Euroneds» coordinado por el Max Planck Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht de Friburgo y actualmente en fase de desarrollo, tiene como objetivo analizar esos datos empíricos relativos a la cooperación judicial en materia penal.

⁴¹ A favor de intentar mejorar los sistemas existentes y corregir los defectos en la aplicación de los instrumentos de asistencia judicial, también, SPENCER, J. R., en sus «Provisional reactions to the Green Paper on obtaining evidence from one Member State to another and securing its admissibility», en http://www.ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/0004/civil_society/john_spencer_en.pdf

sobrecarga de trabajo, falta de formación específica y problemas lingüísticos, ¿por qué no se trabaja prioritariamente en esos ámbitos, en vez de concentrar todos los esfuerzos en un nuevo marco normativo? La opción de la Comisión es clara a favor de la creación de nuevos instrumentos de cooperación, pero quizás se trata más bien de una opción política y no tanto del empeño sincero en solventar los problemas que existen en los procesos penales transnacionales en Europa. Desde luego, una EIO sería muy útil de cara a la futura implantación de una Fiscalía Europea, pues le dotaría de un instrumento automáticamente eficaz en cualquier estado miembro. Pero, desde la perspectiva de la agilización y mejora en la obtención y transmisión de pruebas, quizás la EIO no sea estrictamente necesaria y, en todo caso, sólo con su implementación no creo que se solventen los problemas a los que se enfrentan los fiscales, jueces y abogados en los procesos penales con elemento transnacional.