



CERTIFICACIÓN DE ACUERDO RELATIVO A INFORME

Acto que se certifica: Acuerdo adoptado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día 28 de septiembre de 2017, por el que se ha aprobado el siguiente:

INFORME SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY 23/2014, DE 20 DE NOVIEMBRE, DE RECONOCIMIENTO MUTUO DE RESOLUCIONES PENALES EN LA UNIÓN EUROPEA, PARA REGULAR LA ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACIÓN

I. ANTECEDENTES

1.- Con fecha 20 de julio de 2017, procedente de la Secretaría de Estado de Justicia del Ministerio de Justicia, tuvo entrada en el Consejo General del Poder Judicial a efectos de evacuación del correspondiente informe conforme a lo dispuesto en el artículo 561.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, el Anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, para regular la Orden Europea de Investigación.

2.- La Comisión Permanente del Consejo, en su reunión de 27 de julio de 2017, designó Ponente de este informe al Vocal don Fernando Grande-Marlaska Gómez.

II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA FUNCIÓN CONSULTIVA DEL CGPJ

3.- La función consultiva del Consejo General del Poder Judicial a que se refiere el artículo 561 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en la redacción dada a dicho precepto por la Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio), tiene por objeto los anteproyectos de leyes y disposiciones generales que afecten total o parcialmente, entre otras materias expresadas en el citado precepto legal, a "*[n]ormas procesales o que afecten a aspectos jurídico-constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales*" (apartado 6 del art. 561.1 LOPJ).



4.- Atendiendo a este dictado, en aras a una correcta interpretación del alcance y sentido de la potestad consultiva que allí se prevé a favor de este Consejo, y considerado el contenido del Anteproyecto remitido, el informe que se emite se centrará en el examen y alcance de las normas sustantivas o procesales que en él se incluyen específicamente.

5.- Sin perjuicio de lo anterior, y con arreglo al principio de colaboración entre los órganos constitucionales, el Consejo General del Poder Judicial ha venido indicando la oportunidad de efectuar en sus informes otras consideraciones relativas, en particular, a cuestiones de técnica legislativa o de orden terminológico, con el fin de contribuir a mejorar la corrección de los textos normativos y, por consiguiente, a su efectiva aplicabilidad en los procesos judiciales, por cuanto son los órganos jurisdiccionales quienes, en última instancia, habrán de aplicar posteriormente las normas sometidas a informe de este Consejo, una vez aprobadas por el órgano competente.

6.- El Anteproyecto de Ley que se somete a informe (en adelante, AL, o ALOEI) tiene por objeto, esencialmente, la incorporación al ordenamiento español de la Directiva 2014/41/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la Orden Europea de Investigación en materia penal (DOUE L 130, de 1.5.204) (en adelante, D/OEI), que constituye el instrumento normativo europeo a través del cual se habrán de articular las medidas de investigación transfronterizas para la obtención de la prueba penal en los procesos de esta naturaleza que se sigan en los Estados miembros vinculados por la Directiva. El proceso de transposición – como explica la Exposición de motivos del AL- conlleva la modificación de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (en lo sucesivo, LRM), para incorporar un nuevo Título X, relativo a la Orden Europea de Investigación (OIE), en sustitución de la regulación del Exhorto Europeo de Obtención de Pruebas (EEP), por la que se incorporaba al ordenamiento interno la Decisión Marco 2008/978/JAI, del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal (DM/EEP), que fue derogada por el Reglamento (UE) 2016/95, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de enero de 2016, por el que se derogan determinados actos en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal (DOUE L 26, de 2.2.2016). Junto con el nuevo Título X se incorporan en los correspondientes anexos los formularios que han de utilizarse en la emisión, recepción, tramitación y ejecución de las OEI.



7.- Al mismo tiempo, el ALOEI lleva a cabo una serie de modificaciones en el articulado de la LRM cuya adaptación se considera necesaria. Estas modificaciones afectan al capítulo relativo a la Orden Europea de Detención y Entrega (OED) para adecuarlo a las exigencias de los derechos establecidos para el detenido en la Directiva 2013/48/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea (DOUE L 294, de 6.11.2013), así como a los derechos recogidos en la Directiva (UE) 2016/800, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales (DOUE L 132, de 21.5.2016). Paralelamente, se sustituye el anexo VIII de la LRM, relativo a la orden europea de protección (OEP), para subsanar el error que padece la vigente versión.

8.- Asimismo, se modifican ciertos preceptos para adecuarlos a la existencia y funcionamiento de la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos, así como a sus competencias en relación con el embargo y decomiso en España, con objeto de mejorar la eficiencia de su actuación en el ámbito del reconocimiento mutuo y de acomodar su regulación al articulado de la Decisión Marco 2006/783/JAI, del Consejo, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones de decomiso (DOUE L 328 de 24.11.2006).

9.- El ALOEI sirve, a la vez, para la transposición de determinados aspectos de la Directiva (UE) 2016/1919, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2016, relativa a la asistencia jurídica gratuita a los sospechosos y acusados en los procesos penales y a las personas buscadas en virtud de un procedimiento de orden europea de detención (DOUE L 297, de 4.11.2016), con vistas a garantizar la efectividad del derecho a la asistencia de letrado, financiada por los Estados miembros, a las personas buscadas en virtud de un procedimiento de orden europea de detención conforme a la Decisión Marco del Consejo 2002/584/JAI (DOUE L 190, de 18.7.2002).

10.- La norma proyectada introduce además, a través de tres disposiciones finales, reformas en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita (LAJ) y la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado. La primera de ellas viene impuesta por la necesidad de adaptar el ordenamiento jurídico español al Reglamento (UE) nº 655/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por el que se



establece el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas a fin de simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil (OERC), a cuyos efectos, además de llevar a cabo determinadas modificaciones en el articulado de la Ley, se introduce una nueva Disposición final que contiene las medidas para facilitar la aplicación de la OERC. La reforma operada en la Ley 1/1996 tiene por objeto completar su adecuación a la Directiva (UE) 2016/1919, antes citada. Y las modificaciones en la Ley 2/2014 tienen por finalidad la transposición de la Directiva (UE) 2015/637, del Consejo, de 20 de abril de 2015, sobre las medidas de coordinación y cooperación para facilitar la protección consular de ciudadanos de la Unión no representados en terceros países y por la que se deroga la Decisión 95/553/CE, en aquellos aspectos en los que se precisa de norma de rango legal.

11.- La regulación proyectada afecta, por tanto, a normas de naturaleza penal y procesal, y al mismo tiempo a derechos fundamentales, principalmente de naturaleza procesal, pero también de naturaleza material, lo que justifica el ejercicio de la potestad de informe de este Consejo General del Poder Judicial, que se deriva tanto de lo dispuesto en el ordinal sexto del artículo 561.1 de la LOPJ -conforme al cual el Consejo General del Poder Judicial deberá informar los anteproyectos de ley y disposiciones generales que versen, entre otras, sobre normas procesales o que afecten a aspectos jurídicos constitucionales de la tutela ante los tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales-, como del ordinal octavo del mismo artículo -que se refiere a las normas penales y normas sobre régimen penitenciario-.

12.- Junto con lo anterior, no puede perderse de vista que se trata de incorporar al ordenamiento interno la Directiva 2014/41, así como las Directivas 2016/1919 y 2015/637, y de ajustar el ordenamiento interno al Reglamento nº 655/2014; por lo que este Consejo, en el ejercicio de su función consultiva, y en el marco propio de la colaboración institucional, ha de extender el objeto de su informe a la forma en que se ha llevado a efecto la transposición y adaptación de las normas de Derecho Europeo y, en suma, al modo en que se ha dado cumplimiento a las obligaciones de elaboración normativa impuestas por legislador europeo.

13.- En el plano metodológico, el informe se estructura en torno al objeto principal del Anteproyecto legislativo, que no es otro que la transposición de la D/OEI, por lo que en primer término se abordará el examen de esta parte del texto proyectado, sobre la que se realizarán unas primeras consideraciones de carácter general para seguidamente llevar a cabo el



examen particular del articulado, comenzando por el relativo a la regulación de la OEI en el nuevo Título X de la LRM, y a continuación analizando las modificaciones introducidas en el resto del articulado de esta Ley. Finalmente, se abordarán las modificaciones introducidas en la LEC, en la LAJ y en la Ley 2/2014.

III.- ESTRUCTURA Y CONTENIDO DEL ANTEPROYECTO

14.- El AL se estructura en un único artículo con dieciséis apartados, una Disposición adicional única, una Disposición transitoria única, seis Disposiciones finales y un Anexo que aglutina la modificación y la creación de los nuevos Anexos requeridos por la normativa proyectada.

15.- En su artículo único, a través de los correspondientes apartados, se lleva a cabo la modificación de determinados artículos de la LRM. La modificación alcanza a los artículos 2.2 letra i), 7.1, segundo párrafo, 12, párrafo primero, 14, 25, al que se añade un apartado tercero, 27.1, 39, al que se añade un apartado cuarto, 50, 90.1, 127.4, 143, en el que se introduce un nuevo apartado cuarto, 165 y 172.

16.- A continuación se sustituye el Título X de la LRM por un nuevo Título en el que se regula la OEI. Se estructura en tres Capítulos, el primero de los cuales tiene por objeto regular las disposiciones generales relativas a la OEI, en tanto que el segundo contiene el régimen de emisión y transmisión de la OEI, subdividiéndose en dos Secciones, la primera de ellas referida al régimen general de emisión y transmisión de OEI y la segunda dedicada a la regulación de la emisión de OEI con medidas específicas de investigación.

17.- El Capítulo III versa sobre la ejecución de la OEI, y se subdivide asimismo en dos secciones, la primera relativa al régimen general de ejecución de la OEI y la segunda referida a la ejecución de OEI con medidas específicas de investigación.

18.- Se introduce asimismo un nuevo apartado k) en la Disposición final tercera, para hacer referencia a la D/OEI, y se modifican el Anexo VIII, relativo a la OED, se elimina el Anexo XIII, relativo al EEP, y se introducen unos nuevos Anexos XIII, XIV y XV, relativos a la OEI.

19.- Se incluye una Disposición adicional única, relativa a la protección de datos de carácter personal, una Disposición transitoria única y una Disposición derogatoria única.



20.- La Disposición final primera del AL lleva a cabo la modificación del artículo 588 LEC, e introduce en esta una nueva Disposición final vigésimo séptima con objeto de establecer las medidas para facilitar la aplicación en España del Reglamento (UE) nº 655 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por el que se establece el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas a fin de simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil (Reglamento OERC). Se desplazan, en consecuencia, las Disposiciones finales vigésimo séptima a vigesimonovena, que pasan a ser las Disposiciones finales vigésimo octava, vigésimo novena y trigésima de la LEC.

21.- La Disposición final segunda del ALOEI modifica la LAJ con la finalidad expuesta de incorporar la Directiva 2016/1919. La modificación afecta a los artículos 1, en el que se introduce un último párrafo, y 6.3, y se introduce un nuevo artículo 21 *bis* para regular la sustitución del profesional designado.

22.- La Disposición final tercera lleva a cabo la modificación de la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado, en la que se añaden tres disposiciones adicionales relativas, respectivamente, a la protección consular, al ejercicio de la protección consular en Estados donde no haya misión diplomática u Oficina Consular, y al reembolso de los gastos ocasionados por el ejercicio de la protección consular.

23.- El texto proyectado se cierra con una Disposición final cuarta, en la que se declara la incorporación del Derecho de la Unión Europea al ordenamiento interno, una Disposición final quinta, en la que se habilita al Gobierno para el desarrollo normativo y la ejecución de la Ley proyectada, y una Disposición final sexta, relativa a la entrada en vigor de la norma.

IV.- CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA REGULACIÓN PROYECTADA DE LA ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACIÓN

I

24.- La regulación proyectada de la OEI no es sino el resultado de la obligada transposición de la D/OEI –que, de acuerdo con su artículo 36, debía llevarse a cabo a más tardar el 22 de mayo de 2017-, cuyo objetivo es, en esencia, facilitar y agilizar la obtención y transmisión de pruebas en



materia penal entre los distintos Estados miembros de la Unión Europea (UE) a los que les es de aplicación (no lo es a la República de Irlanda, por haber ejercido su facultad de opción conforme al Protocolo nº 21 sobre la posición de Reino Unido y de Irlanda respecto del espacio de libertad, seguridad y justicia anejo al Tratado de la Unión Europea –TUE- y al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea –TFUE-, y a Dinamarca, conforme al Protocolo nº 22 sobre la posición de este Estado anejo al TUE y al TJUE), y llevar a cabo la unificación de la normativa en esta materia. La D/OEI sustituye las normas sobre obtención de pruebas transfronterizas contenidas en otros instrumentos internacionales, en particular las contenidas en Decisión Marco 2008/978/JAI, del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal (DM/EEP), así como en la Decisión Marco 2003/577/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas (DO L 196, de 2.8.2003), en lo relativo a las medidas de aseguramiento de pruebas, y, en lo que se refiere a las disposiciones correspondientes, las contenidas en el Convenio Europeo de asistencia judicial en materia penal del Consejo de Europa de 20 de abril de 1959, sus dos protocolos adicionales y los acuerdos bilaterales celebrados con arreglo a su artículo 26, así como en el Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, de 29 de mayo de 2009, y su protocolo de 2001.

25.- La D/OEI se enmarca, en su horizonte más lejano, en el acervo legislativo desarrollado respecto del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ), que, como es sabido, constituye uno de los principales objetivos de la UE (cfr. artículo 3.2 del TUE), que ha conllevado a su vez el desarrollo, como objetivo común de la Unión, de un régimen de cooperación judicial que ha pasado de articularse en torno a un sistema de asistencia judicial basado en instrumentos internacionales caracterizados por el principio de solicitud, e inspirado en las formas básicas de un derecho convencional rogatorio, a abrir la puerta a un sistema de reconocimiento mutuo basado en el principio de confianza recíproca.

26.- El tránsito de un modelo a otro se produce a partir de que, con la modificación del TUE por el Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1997, la UE asuma competencias normativas en materia de cooperación civil y sobre algunos aspectos relativos a la persecución de delitos, y se produzca, con ello, la llamada “*comunitarización*” de estas materias, que, sobre la base de la consecución del objetivo del ELSJ y de la aproximación



entre las legislaciones de los Estados miembros en materia de delincuencia organizada, terrorismo y tráfico de estupefacientes, se trasladaron del Pilar intergubernamental al Primer Pilar comunitario.

27.- Ya en el Consejo Europeo de Cardiff, celebrado los días 15 y 16 de junio de 1999, primero, y fundamentalmente en el Plan de Acción del Consejo y de la Comisión, adoptado el 3 de diciembre de 1998, se reconoce la necesidad de un mayor reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal. En el Consejo Europeo de Tampere, celebrado los días 15 y 16 de octubre de 1999, se establece como objetivo prioritario la consecución del ELSJ, para lo cual el principio de reconocimiento mutuo constituye la *"piedra angular"* de la cooperación judicial en materia civil y penal que ha de sustituir al *"principio de solicitud"*, y que ha de aplicarse tanto a las sentencias como a otras resoluciones judiciales. En su Conclusión 36 se hace expresa referencia a *"los autos anteriores al juicio, en particular los que permiten a las autoridades competentes actuar con rapidez para obtener pruebas y embargar bienes que puedan ser trasladados con facilidad"*. Se aspira, por tanto, a un sistema de libre circulación de pruebas en el ámbito de la UE y, en tal medida, a establecer una suerte de derecho probatorio europeo en materia penal, en lo que se incide en el Consejo Europeo de Laeken celebrado los días 14 y 15 de diciembre de 2001.

28.- Bajo el impulso del Programa de medidas destinado a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo en materia penal de 2001 (DOUE C 12, de 15.1.2001), primero, y del Programa de La Haya incluido en las Conclusiones del Consejo Europeo de Bruselas celebrado los días 4 y 5 de noviembre de 2004 (DOUE C 55, de 3 de marzo de 2005), después, fueron adoptadas las Decisiones Marco 2003/577/JAI, del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas (DM/EPYAP), y la Decisión Marco 2008/978/JAI, del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas (DM/EEP), ambas ya mencionadas. Una y otra han sido incorporadas al ordenamiento interno: la primera, por la Ley 18/2006, de 5 de junio, para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y aseguramiento de pruebas, y por la Ley Orgánica 5/2006, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y complementaria de la anterior; la segunda se encuentra incorporada en la LRM, que vino acompañada de la Ley Orgánica 6/2014, de 29 de octubre, de reforma de la LOPJ, y que constituye, por ende, la norma omnicompreensiva de los instrumentos de reconocimiento mutuo promulgados por la UE, derogando



las anteriores leyes e integrando la incorporación de todos los instrumentos, con la vocación de constituirse en el marco normativo que acoja los que en el futuro pudieran dictarse, bien *ex novo*, bien en sustitución o como complemento de otros anteriores, como sucede con la D/OEI.

29.- Interesa destacar que ya en el Programa de 2001 se configuraba el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones penales con arreglo a determinados parámetros, entre los cuales se encontraba el de la gravedad de las infracciones, la exigencia de la doble tipicidad, y la concreción de los motivos de denegación del reconocimiento. De este modo, la aplicación del principio de reconocimiento mutuo quedaba condicionada –limitada– por tales parámetros.

30.- El Programa de La Haya (2005-2009) incluía entre sus prioridades alcanzar un espacio europeo eficaz de justicia para todos que, en lo que a la justicia penal se refiere, se concretaba en el establecimiento de normas mínimas en determinados aspectos del derecho procesal, particularmente en el de la obtención de prueba y la definición del principio *ne bis in ídem*, como medio para fomentar la confianza mutua y la aplicación del principio de reconocimiento mutuo. En esta idea abunda la Decisión del Consejo de 12 de febrero de 2007, por la que se establece para el periodo 2007-2013 el programa específico “*Justicia Penal*”, integrado en el programa general “*Derechos Fundamentales y Justicia*” (DOUE L 58, de 24.2.2007).

31.- La consagración del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones como principio fundamental de la cooperación judicial penal en la UE, formando parte de su derecho originario, se produce con el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007, que modifica el TUE y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, que pasa a ser el TFUE. Este dedica su Título V al ELSJ, y dentro de éste, el Capítulo 4º a la cooperación en materia penal.

32.- El Tratado de Lisboa culmina hasta el presente el proceso de “*comunitarización*” de la cooperación judicial penal, proceso que en el plano normativo se tradujo en la definitiva atribución al Parlamento Europeo y al Consejo de la competencia legislativa sobre la materia, integrada también de forma definitiva en las políticas de la Unión y ejercida a través del procedimiento legislativo ordinario.

33.- Lo que interesa ahora destacar es que junto con la consagración del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en todas sus formas, el TFUE, en su Artículo 82, contempla la adopción de medidas



tendientes, desde luego, a establecer normas y procedimientos para garantizar dicho principio en toda la Unión Europea; pero también a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en la medida en que sea necesario para facilitar el reconocimiento mutuo, para lo cual el Parlamento Europeo y el Consejo podrán, a través de directivas y por el procedimiento legislativo ordinario, establecer normas mínimas –que, sin embargo, deberán tener en cuenta las diferencias entre las tradiciones y sistemas jurídicos de los distintos Estados miembros- referidas tanto a la admisibilidad mutua de pruebas entre los Estados miembros, como los derechos de las personas durante el procedimiento penal y los derechos de las víctimas de los delitos (artículo 82.2 TFUE). Por consiguiente, la aproximación de las legislaciones penales –y procesales penales- de los Estados miembros sobre estas materias, y la subsiguiente conformación de un entramado normativo procesal penal, siquiera de mínimos, se considera indispensable para la plena efectividad del reconocimiento mutuo de las resoluciones penales, piedra angular para la consecución del ELSJ.

34.- Este marco normativo se implementa en el Libro Verde sobre la obtención de pruebas en materia penal en otro Estado miembro y sobre la garantía de su admisibilidad (Documento 52009 DC 0624, de 11 de noviembre de 2009), y fundamentalmente en el Programa de Estocolmo, aprobado en el Consejo Europeo celebrado en Bruselas los días 10 y 11 de diciembre de 2009 (Documento 17024/09, de 2 de diciembre de 2009), que incide en la necesidad de ahondar en el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, específicamente en el ámbito de la obtención de prueba transnacional. Y destaca también la necesidad de contar con un instrumento normativo que comprenda todos los mecanismos y procedimientos de obtención de prueba en el proceso penal con elementos transfronterizos, una vez que ha quedado constancia del limitado ámbito de aplicación del exhorto europeo de obtención de prueba.

35.- Este es el contexto en el que se produce el alumbramiento de la D/OEI, producto de la iniciativa de siete Estados miembros, entre ellos España. El texto original de la Propuesta de Directiva, del año 2010, que obedecía a la inicial denominación de “*Exhorto Europeo de Investigación Penal*”, fue objeto de críticas por parte tanto del Supervisor Europeo de Protección de Datos como de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo y de la Comisión Europea. El primero puso de relieve la escasa protección que la propuesta de Directiva dispensaba a los datos personales, especialmente cuando se trataba de medidas de investigación que tenían por objeto la obtención de pruebas relativas a la información sobre cuentas corrientes y productos financieros o sobre



transacciones bancarias, así como en la ejecución de medidas relativas a videoconferencias o intervención de comunicaciones. La Comisión parlamentaria y el Consejo, por su parte, reprocharon que la propuesta de Directiva no contuviera una referencia expresa a los principios básicos en materia de obtención de prueba –el de proporcionalidad y el *ne bis in ídem*, fundamentalmente-, ni una referencia expresa a las disposiciones europeas de obligado cumplimiento en esta materia, como el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (la Carta). Una vez fueron recogidas, mediante las oportunas enmiendas, las anteriores objeciones, y tras el cambio de denominación para adoptar la actual, el 1 de mayo de 2014 se publicó en el DOUE la D/OIE.

II

36.- La base jurídica de la Directiva, por tanto, se encuentra en el artículo 82.1 a) del TFUE, si bien, según lo que se acaba de exponer, y aun cuando no se hace referencia expresa a ellos en los Considerandos de la Directiva, cabe situarla también en el artículo 82.1 d) TFUE, conforme al cual el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, mediante el procedimiento legislativo ordinario, medidas tendentes a facilitar la cooperación entre las autoridades judiciales y equivalentes de los Estados miembros en el marco del procedimiento penal y de la ejecución de las resoluciones. Y también cabe encontrarla en el ya citado artículo 82.2 TFUE, así como en el artículo 67.1 y 3 del TFUE, que declara que la UE constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicas de los Estados miembros, y que la Unión se esforzará por garantizar un nivel elevado de seguridad mediante medidas de prevención de la delincuencia, el racismo y la xenofobia y la lucha contra ellos mediante medidas de coordinación y cooperación entre autoridades policiales y judiciales y otras autoridades competentes, así como mediante el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal y, si es necesario, mediante la aproximación de las legislaciones penales.

37.- Constituye el objeto de la Directiva, en síntesis, regular un instrumento –la OEI- para llevar a cabo una o varias medidas de investigación en otro Estado miembro –el Estado de ejecución- con vistas a la obtención de pruebas, o para la obtención de pruebas ya existentes en poder de las autoridades de dicho Estado, con objeto de que surtan efectos en un



proceso penal abierto en el Estado de emisión de la Orden. A diferencia del EEP, la OEI pone el acento en la práctica de medidas de investigación para la obtención de pruebas transfronterizas, y no solo en la obtención de la prueba ya existente en el Estado de recepción, y tiene un ámbito horizontal –como puntualiza el Considerando (8)-, aplicándose a todas las medidas de investigación dirigidas a la obtención de pruebas. Sin embargo, este declarado efecto horizontal no es absoluto, pues, como se verá, queda al margen de su ámbito la creación de un equipo conjunto de investigación y la obtención de pruebas en dicho equipo (cfr. artículo 3), así como la vigilancia transfronteriza a la que se refiere el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 (DOUE L 239, de 22.9.2000), por cuanto es pacífico que la D/OEI no constituye en rigor un desarrollo del acervo Schengen.

38.- Por otra parte, la OEI se concibe cualquiera que sea la fase del procedimiento, y, por tanto, también en el juicio oral y para que la prueba obtenida surta efectos directamente en él; y alcanza también a las medidas cautelares para el aseguramiento de la prueba (artículo 32).

39.- Sin ánimo de llevar a cabo un análisis exhaustivo de la Directiva –cuyo contenido ha de servir, empero, para examinar el articulado del texto proyectado-, cabe incidir en que el sistema que articula se erige en torno a: i) la decisión de la autoridad del Estado de emisión, a quien compete realizar el juicio de necesidad y de proporcionalidad acerca de la medida de investigación y de la prueba a obtener en el procedimiento penal seguido ante ella (artículo 6.1 y 2 D/OEI), pues es la que mejor puede decidir, en función de los detalles de la investigación de los que tenga conocimiento, a qué medida de investigación ha de recurrirse [Considerando (10) de la Directiva]; y ii) el reconocimiento de dicha decisión en el Estado de ejecución, sin que, en principio, –y con las matizaciones que se verán-, la autoridad de este Estado pueda entrar a analizar los motivos ni la proporcionalidad de la medida solicitada ni someterla a condiciones (artículo 9.1 D/OEI), so pena de socavar el principio de reconocimiento mutuo; diferenciándose, por tanto, las fases de emisión de la OIE y de reconocimiento de la resolución por la que se acuerda la medida de investigación y su ejecución.

40.- Ahora bien, este sistema, y por tanto, el principio de reconocimiento mutuo que constituye el eje sobre el que gravita, se encuentra indefectiblemente limitado por las diferentes concepciones y valores jurídicos de los Estados miembros, diferencias que se ponen de manifiesto especialmente en la concepción y aplicación de la regla de la doble



tipificación y del principio *ne bis in idem*; de ahí que, ante todo, no renuncie a la asistencia judicial tradicionalmente configurada, ni a los instrumentos que la regulan [cfr. Considerando (4) de la Directiva], y de que se articulen motivos de sustitución de las medidas de investigación objeto de la OEI – «*recurso a otras medidas*», en la terminología utilizada por el artículo 10 de la D/OEI- y motivos de denegación del reconocimiento, bien generales (artículo 11 D/OEI), bien específicos para las concretas medidas de ejecución que contempla la Directiva, a saber, el traslado temporal de detenidos (artículos 22 y 23), la comparecencia por videoconferencia u otros medios de transmisión audiovisual y la comparecencia telefónica (artículos 24 y 25), la información sobre cuentas y operaciones bancarias y otro tipo de cuentas financieras (artículos 26 y 27), la obtención de pruebas en tiempo real, de manera continua y durante un determinado periodo de tiempo (artículo 28), las investigaciones encubiertas (artículo 29), y la intervención de las telecomunicaciones (artículos 30 y 31).

41.- Íntimamente relacionado con lo anterior se encuentra la expresa vinculación de la Directiva al respeto de los derechos fundamentales y a la observancia de los principios reconocidos por el artículo 6 del TUE y por la Carta, en particular su Título VI, por el Derecho internacional y por los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, como el CEDH, así como por las Constituciones de los Estados miembros en sus respectivos ámbitos de aplicación [Considerando (39)]. Esta manifestación de principios se encuentra recogida en el artículo 1.4 D/OEI: «*[L]a presente Directiva no podrá tener por efecto modificar la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos enunciados en el artículo 6 TUE, incluido el derecho de defensa de las personas imputadas en un proceso penal, y cualesquiera obligaciones que correspondan a las autoridades judiciales a este respecto permanecerán incólumes*»; y, coherentemente, constituye motivo de denegación del reconocimiento o de la ejecución «*[c]uando existan motivos fundados para creer que la ejecución de la medida de investigación indicada en la OEI sería incompatible con las obligaciones del Estado miembro de ejecución de conformidad con el artículo 6 del TUE y de la Carta*» [artículo 11.1 f) D/OEI], mientras que, conforme a lo dispuesto en el artículo 9.2 de la Directiva, la autoridad del Estado de ejecución podrá dejar de observar las formalidades y procedimientos indicados por la autoridad de emisión cuando tales formalidades y procedimientos sean contrarios a los principios jurídicos fundamentales del Estado de ejecución.

42.- Se trata, por una parte, de conciliar la libre circulación de resoluciones en materia de realización de medidas de investigación y obtención de



prueba penal transfronteriza, de un lado, y los principios esenciales y fundamentales de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, de otro; y, por otra parte, de conciliar el principio de reconocimiento mutuo y la salvaguarda de los principios y derechos fundamentales que rigen la obtención de prueba, no solo desde la perspectiva interna, sino también, y especialmente, desde la del ordenamiento europeo, pues lo que se persigue es, en definitiva, la obtención de una prueba en el Estado de ejecución que sea válida en el proceso penal seguido en el Estado de origen, en lo que están concernidos, no solo los principios fundamentales constitucionales de uno y otro Estado, sino también los principios fundamentales consagrados en la Carta, cuando se trata de aspectos que afectan a legislación armonizada de la UE, y regidos, por tanto, por la interpretación del TJUE, así como los principios consagrados en el CEDH, en la medida en que constituyen parámetros de validez de la prueba transnacional obtenida.

43.- Esta doble conciliación se proyecta, desde luego, a la aplicación de los presupuestos de necesidad y proporcionalidad de la medida de investigación solicitada en la OEI (artículo 6.1 D/OEI), especialmente cuando se trata de una medida restrictiva de los derechos fundamentales. A este respecto, cabe recordar que la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) relativa al artículo 8 CEDH ha declarado de forma reiterada que la restricción de un derecho fundamental en el ámbito de la investigación penal ha de tener, ante todo, base legal, y además ser necesaria en una sociedad democrática y responder a una necesidad social imperiosa (cfr. sentencias de 25 de marzo de 1983, *Silver v. Reino Unido*, y de 16 de diciembre de 1997, *Camezind v. Suiza*), siempre con la modulación que impone la doctrina del margen de apreciación nacional (sentencias de 1 de julio de 1961, *Lawless v. Irlanda*, y de 7 de diciembre de 1976, *Handyside*, entre otras). O, en otros términos, se ha de comprobar si la injerencia es conforme a la ley del lugar donde se practicó la diligencia, si la medida adoptada resulta adecuada, necesaria y proporcional en una sociedad democrática, es decir, si se ajusta al fin perseguido, si no existe una medida menos lesiva para alcanzar el mismo fin, y si tal fin justifica los daños causados al sujeto individual, valorándose asimismo si existe un cauce adecuado para que el ciudadano pueda defenderse frente a posibles abusos en la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales (cfr. sentencia de 24 de agosto de 1998, *Lambert v. Francia*, y de 12 de noviembre de 2007, *Smirnov v. Rusia*). Lo que comporta, en fin, una ponderación de los derechos individuales y el interés público de la sociedad conforme a diversos parámetros o criterios, entre los cuales se encuentra el de la gravedad del hecho delictivo, la intensidad de la sospecha, el tipo de indicios, las perspectivas de éxito de la medida, el esfuerzo en su



realización en relación con el resultado a obtener y el perjuicio que se ocasiona en relación con la utilidad del resultado obtenido.

44.- Pero se proyecta también sobre la fase de reconocimiento y ejecución de la medida, en tanto que, si bien el juicio de necesidad y proporcionalidad es propio de la autoridad del Estado de emisión, la autoridad de ejecución tiene un determinado margen de valoración tanto de la proporcionalidad de la medida objeto de la OEI, que se patentiza en los supuestos de sustitución de la medida restrictiva cuando no exista en un caso interno similar o exista otra menos restrictiva [artículo 10.1 b) y 3 D/OEI] y en los motivos de denegación del reconocimiento o de la ejecución previstos en el artículo 11.1 c), f) g) y h), como del respeto a los principios jurídicos fundamentales [artículos 1.4, 9.2 y 11.1 f) D/OEI].

III

45.- La recepción interna de la D/OEI se lleva a cabo a través de la LRM, en un nuevo Título X que sustituye al que hasta ahora se destina a regular el EEP, cuya limitada eficacia determinó, como se ha visto, su abrogación y sustitución por la OEI.

46.- Esta recepción en la LRM merece, en términos generales, un juicio favorable. En primer lugar, por cuanto, si bien de forma tardía, se incorpora al ordenamiento nacional la regulación de un instrumento tendente a dotar de virtualidad al sistema de cooperación judicial en materia penal, y en particular en materia de prueba transfronteriza, sobre la base del principio de reconocimiento mutuo, que, si en el plano legislativo pone coto al carácter disperso y confuso de la regulación sobre la materia, incorporándose en un único instrumento normativo –tal y como demanda la Directiva-, en el plano material ha de servir para facilitar la libre circulación de resoluciones que tienen por objeto la realización de medidas de investigación y la obtención de la prueba transnacional en términos respetuosos con los principios fundamentales tanto del ordenamiento europeo como del ordenamiento interno, de forma que pueda ser válida en el procedimiento que se siga ante los tribunales nacionales.

47.- En segundo lugar, porque la fórmula que ha elegido el prelegislador, incluyendo la regulación en la LRM en sustitución de la del EEP, es la más conveniente desde el punto de vista de técnica legislativa; y ello porque la LRM constituye el marco normativo llamado a ser el crisol donde se



incorpore y recoja la hasta entonces dispersa reglamentación en materia de reconocimiento de resoluciones en materia penal. Tal y como indica su Exposición de motivos: *«[I]a presente Ley da por amortizada la técnica de la incorporación individual de cada decisión marco o directiva europea en una ley ordinaria y su correspondiente ley orgánica complementaria, y se presenta como un texto conjunto en el que se reúnen todas las decisiones marco y las directivas aprobadas hasta hoy en materia de reconocimiento mutuo de resoluciones penales. Incluye tanto las ya transpuestas a nuestro Derecho como las que están pendientes, evitando la señalada dispersión normativa y facilitando su conocimiento y manejo por los profesionales del Derecho. Además, se articula a través de un esquema en el que tiene fácil cabida la incorporación de las futuras directivas que puedan ir adoptándose en esta materia».*

48.- Al recibirse la D/OIE, conforme este planteamiento, en la LRM, se aprovecha la regulación del régimen general del reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE que se contiene en su Título preliminar, así como del régimen general de transmisión, reconocimiento y ejecución de los instrumentos de reconocimiento mutuo que se contiene en su Título I, si bien con las pertinentes modificaciones impuestas por la recepción de la regulación de la OEI.

49.- La regulación proyectada pretende llevar a cabo la transposición de la D/OEI de forma fiel y completa, y conforme a un esquema que sistemáticamente refleje las distintas fases de emisión y de reconocimiento y ejecución de la OEI. Este esquema se reproduce también al regular las medidas de investigación específicas, lo que ha de redundar en la más fácil inteligencia y aplicación de la norma por el operador jurídico, que se encontrará situado, bien en el plano de la cooperación activa (la emisión y transmisión de la OEI), bien en de la cooperación pasiva (la recepción, el reconocimiento, la ejecución de la OEI y el traslado de la prueba obtenida).

50.- Cabe hacer, con todo, dentro de esta valoración general, ciertas observaciones, también generales, sobre la regulación proyectada. En primer lugar, se ha de poner de manifiesto que, aun cuando el ALOEI tiene vocación de llevar a cabo la transposición completa de la D/OEI, este objetivo no se alcanza en toda su dimensión, pues, como se verá, ciertos aspectos relevantes de la norma internacional no encuentran reflejo en la regulación proyectada.

51.- Y en segundo lugar, se aprecia que el prelegislador, dentro del margen que le concede la Directiva, quiere apurar en lo posible la eficacia del



principio de reconocimiento mutuo y dotar de la mayor virtualidad a la libre circulación de las resoluciones penales en materia de prueba transfronteriza, pero sin renunciar a los principios fundamentales del proceso penal en España y, en general, a la tutela de los derechos fundamentales que pudieran verse concernidos en la ejecución de la OEI. De ahí que convierta en imperativa la denegación del reconocimiento y ejecución cuando concurren las causas para ello, superando los términos potestativos en que se regulan los motivos de denegación en la Directiva. No obstante, el adecuado respeto del principio de defensa y de igualdad de armas en el proceso exige que la regulación proyectada se vea completada con aquellas otras normas que han de permitir al investigado y a la parte afectada por la medida de investigación, no solo promover, en su caso, su adopción, sino también el efectivo control de la resolución que la acuerda, el control de la medida adoptada, y el control del reconocimiento de la resolución y la ejecución de la medida.

V.- EXAMEN DEL ARTICULADO DEL ANTEPROYECTO

A) La regulación de la OEI en materia penal

I

52.- El AL abre la regulación de la OEI en el nuevo Título X de la LRM con un primer Capítulo bajo la denominación "*Disposiciones generales*", que comprende dos artículos, el 186 y el 187, el primero de los cuales se destina a definir la OEI y establecer su ámbito, mientras el segundo tiene por objeto establecer las autoridades competentes en España para emitir y ejecutar una OEI.

53.- El artículo 186.1 recoge, en esencia, la definición de la OEI que se contiene en el artículo 1.1 de la D/OEI, incluyendo las resoluciones validadas por la autoridad competente del Estado de emisión, en coherencia con la extensión de su ámbito de aplicación a los procedimientos incoados por las autoridades competentes de otros Estados de la UE por la comisión de hechos tipificados como infracciones administrativas en sus respectivos ordenamientos internos, cuando la decisión pueda dar lugar a un proceso ante un órgano jurisdiccional en el orden penal [artículo 186.2, en relación con el artículo 4.b) D/OEI].



54.- De este modo, el prelegislador incorpora acertadamente el concepto y el objeto de la OEI conforme se definen en la D/OEI. Tal y como se indica en su Considerando (10), la OEI debe centrarse en la medida de investigación que vaya a llevarse a cabo, antes que en la prueba que ha de obtenerse con ella, a diferencia de lo que sucedía con el EEP, que se limitaba a la transmisión de las pruebas que obrasen en poder de la autoridad del Estado de recepción. La OEI, si bien comprende las pruebas existentes (artículo 186.1, último inciso, y artículo 1.1, segundo párrafo D/OEI), se proyecta fundamentalmente sobre las medidas de investigación que, siendo necesarias y proporcionadas, permitan obtener la prueba necesaria y proporcionada a los fines del procedimiento para el que se solicita [cfr. artículo 6.1 a) D/OEI y artículo 189.1 a) AL].

55.- La D/OEI incide [Considerando (8) y artículo 3] en el carácter horizontal de la OEI, en el sentido de que comprenderá todo tipo de medida de investigación y prueba; carácter horizontal que se completa con la previsión de que comprenderá todo tipo de medida de investigación –con las excepciones que seguidamente se verán- con independencia de cuál sea la fase del procedimiento en que se encuentre [Considerando (25)]. Si bien la extensión de la OEI a todo tipo de medida de investigación se ha recogido oportunamente en el apartado tercero del artículo 186 AL, esta última precisión, relativa a que comprende todas las fases del procedimiento, no se ha trasladado de forma expresa al AL –aunque puede inferirse de la alusión a la fase de enjuiciamiento que se hace en el artículo 187.1 AL-, por lo que sería aconsejable su inclusión.

56.- Por otra parte, la D/OEI extiende su ámbito de aplicación (artículo 4) a los procedimientos penales incoados o que pudieran incoarse, y a los procedimientos incoados por autoridades administrativas o judiciales por hechos tipificados en el ordenamiento del Estado de emisión por ser infracciones de disposiciones legales, cuando la decisión pueda dar lugar a un procedimiento penal. Esta determinación de los tipos de procedimiento para los que puede emitirse la OEI se recoge en el artículo 186.2 AL, que incluye en el ámbito de la OEI los procedimientos incoados por autoridades competentes –administrativas y judiciales, por tanto- de otros Estados de la UE por la comisión de hechos tipificados como infracciones administrativas, cuando la decisión pueda dar lugar a un proceso ante un órgano jurisdiccional penal.

57.- Están excluidos de la OEI la creación de un equipo conjunto de investigación (ECI) y la obtención de pruebas en dicho equipo, salvo cuando un equipo conjunto de investigación necesite que las diligencias de



investigación se practiquen en el territorio de un Estado miembro que no haya participado en el equipo (artículo 186.3 AL). Esta previsión se ajusta enteramente a lo dispuesto en el artículo 3 D/OEI, que excluye del ámbito de aplicación de la OEI la creación de un equipo conjunto de investigación y la obtención de pruebas en dicho equipo, tal y como queda establecido en el artículo 13 del Convenio relativo a asistencia judicial en materia penal en la UE y en el artículo 1.8 de la Decisión Marco 2002/465/JAI del Consejo, sobre equipos conjuntos de investigación, que se refieren a la salvedad expuesta.

58.- La exclusión de los ECI ya aparecía en la los primeros textos de la D/OEI, si bien no hubo un consenso absoluto entre los Estados miembros respecto de la misma. La razón de la exclusión se encuentra en que la creación de los ECI se basa en el principio de autonomía de la voluntad de los Estados miembros que participan en ellos, y no en el principio de reconocimiento mutuo. No obstante, es cuestionable que, siendo ese el fundamento de la exclusión, los ECI queden al margen de la OEI, pues el consenso entre las autoridades de los Estados implicados también es necesario para la adopción de otras medidas, como la infiltración de agentes del Estado de emisión en el Estado de ejecución (artículo 29 D/OEI, y 220.1 b AL); y se ha cuestionado también, por carecer de suficiente fundamento, que la exclusión alcance a las pruebas obtenidas en el seno del ECI. Con todo, tal es el alcance de la exclusión en la D/OEI, y al mismo se ha ajustado el prelegislador.

59.- El AL no excluye del ámbito de la OEI de forma expresa la vigilancia transfronteriza, como hace el Considerando (9) –que no se refleja en su articulado- de la D/OEI. La razón de esa exclusión radica en que este tipo de vigilancia se considera incluida en la cooperación policial, no judicial, que es ajena al marco objetivo de la OEI. Ahora bien, cabe reconocer que este tipo de vigilancia no siempre tiene carácter policial, pues puede consistir o comportar la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento y localización que requieran la autorización judicial (cfr. artículos 588 *bis* y *quinquies* LECrim). En tal sentido, sería dable sostener, sin violentar el ámbito material que se deriva de la D/OEI, que la OEI puede comprender este tipo de medidas en tanto que son adoptadas con intervención judicial.

60.- El apartado cuarto del artículo 186 Al excluye asimismo del ámbito de la OEI el régimen de transmisión de los antecedentes penales, que se regirá por su normativa específica. Esta exclusión no deriva de la D/OEI, sino de la Decisión marco 2008/315/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de



los registros de antecedentes penales en los Estados miembros, que se articulan en torno a la asistencia a través de autoridades centrales, como también se prevé en el artículo 15 de la LO 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea.

61.- Por otra parte, el prelegislador ha incluido también la regulación de las medidas cautelares con objeto del aseguramiento de las pruebas, que se contiene en el artículo 32 D/OEI, si bien, conforme a la estructura sistemática elegida, disgrega la regulación de la emisión de una OEI con dicho objeto (artículo 203) y la ejecución de una OEI para adoptar medidas de aseguramiento de prueba o diligencias de investigación en relación con los medios de prueba (artículo 223).

62.- El artículo 1.3 D/OEI establece que la emisión de una OEI puede ser solicitada por una persona sospechosa o acusada (o por un abogado en su nombre), en el marco de los derechos de la defensa aplicables de conformidad con el procedimiento penal nacional. Esta previsión remite, por tanto, a la regulación en el ordenamiento interno de la intervención de los investigados en el curso de las diligencias de investigación y en el proceso penal. Con independencia de que la intervención del Ministerio público en la obtención de la prueba transnacional esté guiada por la imparcialidad y la defensa de la legalidad, dada la trascendencia de los derechos y de los principios en juego era aconsejable que el prelegislador recogiera en la norma proyectada esta previsión, lo que hace en el artículo 189.1, al regular los requisitos para la emisión de una OEI –en análogos términos a los del actual artículo 191.1 LRM respecto del EEP-, cuya plena efectividad habrá de requerir, sin embargo, y en todo caso, la regulación de la asistencia letrada en los procesos transnacionales y en la obtención de la prueba transnacional.

II

63.- El artículo 187 AL regula las autoridades competentes en España para emitir y para reconocer y ejecutar una OEI. Diferencia, por tanto, las autoridades de emisión y las autoridades de ejecución.

64.- Respecto de las primeras, el apartado primero del citado artículo dispone que son autoridades de emisión de una OEI los jueces y tribunales que conozcan del proceso penal en el que se debe adoptar la medida de



investigación o que hayan admitido la prueba si el procedimiento se encuentra en fase de enjuiciamiento. También serán autoridades de emisión los fiscales en los procedimientos que dirijan, siempre que la medida que contenga la OEI no sea limitativa de derechos fundamentales. Las señaladas autoridades competentes podrán emitir OEI para la ejecución de medidas que podrían ordenar o ejecutar conforme a las disposiciones de la LECrim y de la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

65.- Debe retenerse que la D/OEI, al definir las autoridades de emisión (artículo 2 c), considera como tales a los jueces, órganos jurisdiccionales, jueces de instrucción o fiscales competentes en el asunto de que se trate, así como a cualquier autoridad competente según la defina el Estado de emisión que, en el asunto específico de que se trate, actúe en calidad de autoridad de investigación en procesos penales y tenga competencia para ordenar la obtención de pruebas con arreglo al derecho nacional; si bien, antes de su transmisión a la autoridad de ejecución, la OEI deberá ser validada, previo control de conformidad con los requisitos de una OEI, en particular de las condiciones establecidas en el artículo 6, apartado 1 de la Directiva –referidas a la necesidad y proporcionalidad de la medida teniendo en cuenta los derechos del sospechoso o acusado, y que la medida de investigación requerida pueda dictarse en las mismas condiciones para un caso interno similar-, por un juez, un órgano jurisdiccional, un fiscal o un magistrado instructor del Estado de emisión.

66.- La atribución de la competencia para emitir una OEI en los términos previstos por la norma proyectada, que confiere competencia no solo a los jueces y tribunales, sino también a los fiscales en el marco de sus competencias en el proceso penal, y siempre que se trate de medidas no coercitivas o que afecten a derechos fundamentales, es, por tanto, respetuosa con la D/OEI, y merece ser valorada positivamente. Se encuentra en línea con lo dispuesto en la Circular 4/2013, de la Fiscalía General del Estado, que se refiere a las facultades de los fiscales para solicitar de las autoridades extranjeras por vía de auxilio judicial internacional cualquier diligencia que no esté reservada a las autoridades judiciales por las normas procesales españolas (epígrafe XIX). No se aparta, por lo demás, de la atribución competencial que, respecto del EEP, se contiene en el actual artículo 188.1 LRM, si bien respecto de la OEI es necesaria la limitación de esa competencia cuando se trata de medidas no restrictivas de derechos fundamentales, toda vez que la OEI incluye medidas de investigación intrínsecamente coercitivas y limitativas de derechos fundamentales, y se encamina a la realización de las medidas de



investigación para la obtención de la prueba transfronteriza, y no estrictamente a la transmisión de la prueba ya existente.

67.- Esta atribución competencial, tal y como está configurada, hace innecesario el trámite de validación previsto en los artículos 1.1 y 2 c) ii) de la Directiva, y se ha de entender sin perjuicio de las competencias del Ministerio de Justicia como autoridad central en sus funciones de auxilio a las autoridades judiciales (artículo 6.2 LRM), en los términos previstos en el artículo 7.3 y 7 de la D/OEI.

68.- Sería conveniente, con todo, que en el formulario de emisión de la OEI se hiciera constar, al indicar que la autoridad de emisión es el Ministerio Fiscal, que las medidas de investigación solicitadas no comportan la limitación de derechos fundamentales; lo que, por una parte, condiciona la eventual sustitución de la medida en el Estado de ejecución, pero sobre todo impide que en la ejecución de la medida no invasiva se adopten medidas que sí lo fueren, como puede suceder en el caso de declaraciones testificales y el empleo de medidas coercitivas o compulsivas sobre el testigo renuente a comparecer para prestar declaración, pues la práctica de la medida de investigación y la obtención de la prueba en tales términos podría afectar a su validez en el procedimiento seguido en España, donde no está contemplado el uso de medidas de coerción para la práctica de las declaraciones testificales en las diligencias de investigación del Fiscal.

69.- El apartado segundo del artículo 187 dispone que el Ministerio Fiscal es la autoridad competente en España para recibir las OEI emitidas por las autoridades competentes de los Estados miembros. Pero no solo es la autoridad de recepción de las OEI, sino que, además, es la autoridad competente para reconocer y ejecutar las OEI que no contengan medidas limitativas de derechos fundamentales, o que hayan sido sustituidas –se ha de entender que también será competente para la sustitución– por otras no restrictivas de derechos fundamentales. Cuando se trate de medidas limitativas de derechos fundamentales, la competencia se reserva a los jueces de instrucción, jueces de menores, jueces centrales de instrucción y los jueces centrales de lo penal y central de menores. También se reserva a los órganos judiciales la competencia para el reconocimiento y ejecución de la OEI en aquellos casos en que la autoridad de emisión haya indicado expresamente que la medida de investigación debe ser ejecutada por un órgano judicial. En todos estos casos, el Ministerio Fiscal emitirá informe preceptivo en el que se habrá de pronunciar sobre la concurrencia o no de causa de denegación de la ejecución de la orden y si se entiende ajustada a Derecho la adopción de una de las medidas de investigación que contenga.



70.- El artículo 2 d) D/OEI define la autoridad de ejecución como *«[u]na autoridad que tenga competencia para reconocer una OEI y asegurar su ejecución de conformidad con la presente directiva y los procedimientos aplicables en un caso interno similar. Dichos procedimientos pueden requerir una autorización judicial del Estado de ejecución cuando así se disponga en su legislación interna»*.

71.- En la MAIN se explica que esta atribución competencial al Ministerio Fiscal –que, según se indica con cierto voluntarismo, no altera el papel que desarrollan actualmente el Ministerio público y los órganos jurisdiccionales en el proceso penal- conlleva diversas ventajas, que se sistematizan del siguiente modo:

«a) Centraliza la recepción en España de las órdenes europeas de investigación. Ello facilita enormemente a la autoridad extranjera el diálogo con las autoridades españolas, pues aquella ya no tendrá que identificar el concreto partido judicial en el que habrá de ejecutarse la orden, sino que será el Ministerio Fiscal quien practique las diligencias oportunas a fin de determinar el órgano judicial competente a quien remitir la orden europea de investigación para su ejecución, cuando proceda.

b) Es más eficaz, al permitir una mejor gestión de los recursos humanos y materiales.

c) Atribuye al Ministerio Fiscal la recepción de todas las OEI. A día de hoy no hay norma alguna que les atribuya la recepción en exclusiva de las peticiones de auxilio judicial internacional. De acuerdo con el nuevo modelo, el Ministerio Fiscal realizará un control de legalidad de todas las órdenes europeas de investigación (cualquiera que sea el tipo de medida, por el informe previo en caso de que alguna medida afecte a derechos fundamentales) y resolverá todo cuanto no afecte a derechos fundamentales, incluso la denegación, que con el exhorto (artículo 188.2 párrafo segundo actual LRM) era siempre de juez».

72.- Esta atribución competencial, *lege data*, en la actual configuración del proceso penal, es, sin embargo, cuestionable. Desde luego, establecer una única autoridad para la recepción de la OEI facilita, qué duda cabe, el mecanismo de reconocimiento y ejecución de las medidas de investigación, si bien esta función podría atribuirse con el mismo resultado eficaz a la autoridad central. Lo que es cuestionable es que, en el actual estado de cosas, la competencia para el reconocimiento y ejecución de la OEI que no



contenga medidas restrictivas de derechos fundamentales, y la competencia consultiva sobre los motivos de denegación de la orden y del ajuste a Derecho de las medidas solicitadas restrictivas de derechos, se atribuya al Ministerio Fiscal.

73.- En primer lugar, porque en la vigente legislación la competencia para la investigación de los delitos, con la excepción de la jurisdicción de menores, corresponde al juez de instrucción. Las competencias que, en cuanto a las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal, se derivan del artículo 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, están circunscritas a aquellas para las que esté legitimado según la LECrim y a las demás funciones que el ordenamiento jurídico les atribuye –en materia de menores, por ejemplo-, y no hay razón para que este régimen competencial varíe cuando se trate de investigaciones transfronterizas. Articular una competencia alternativa a la del juez de instrucción para la ejecución de medidas de investigación contenidas en OEI y residenciarla en el Ministerio Fiscal supone establecer un sistema de ejecución distinto en función del carácter transfronterizo de la medida de investigación y la prueba a obtener, que no casa bien con el actual diseño del proceso penal ni con el régimen de cooperación judicial en materia penal. Por otra parte, no debe olvidarse que el mecanismo de obtención de la prueba transfronteriza por medio de la OEI precisa que lo que se transmita al Estado de emisión sea válido, conforme a la *lex loci*, en el Estado de ejecución, y tal y como se desprende de las Circulares de la Fiscalía General del Estado 4/2013 y 1/1989, así como de las Instrucciones 2/2000 y 3/2004, las diligencias de investigación del fiscal no hacen prueba por sí mismas.

74.- Además, las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal no pueden ser declaradas secretas, tal y como indica la mencionada Circular 4/2013, lo que pugna con la confidencialidad de los hechos y del fondo de la OEI que predica el artículo 19.2 de la D/OEI y recoge casi en su literalidad el artículo 213.1 del AL.

75.- Por otra parte, no puede ignorarse que conforme a lo dispuesto en el artículo 24.4 LRM, no cabe recurso contra las decisiones del Ministerio Fiscal en ejecución de los instrumentos de reconocimiento mutuo, sin perjuicio de las posibles impugnaciones sobre el fondo ante la autoridad de emisión y de su valoración posterior en el procedimiento penal que se siga en el Estado de emisión. Si se atribuye la competencia al Ministerio Fiscal, el control de la OEI solo se produciría, por tanto, en el Estado de emisión, y, consiguientemente, sería incompleto.



76.- Además, debe tenerse en cuenta que el Ministerio Fiscal no puede adoptar medidas coercitivas para la ejecución de la medida objeto de la OEI, de manera que no se podría dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 24.7 de la D/OEI, que, al regular la comparecencia por videoconferencia u otros medios de transmisión audiovisual –medida no estrictamente restrictiva de derechos fundamentales-, establece que *«[c]ada Estado miembro tomará las medidas necesarias para garantizar que, en caso de que la persona que deba ser oída en su territorio con arreglo a lo dispuesto en el presente artículo se niegue a prestar testimonio estando sometida a la obligación de testificar, o no preste testimonio veraz, se le aplique su derecho interno del mismo modo que si la comparecencia se hubiera celebrado dentro de un procedimiento nacional»*. Y adviértase de que la falta de veracidad en la declaración de un testigo en las diligencias de investigación del fiscal no integra el delito de falso testimonio tipificado en el artículo 468 del Código Penal.

77.- Y, en fin, no cabe desconocer que, conforme al artículo 2 d) de la D/OEI, la autoridad de ejecución debe asegurar la ejecución de la OEI de conformidad con la Directiva y los procedimientos aplicables en un caso interno similar; y, tratándose de medidas restrictivas y de aseguramiento de prueba, en el proceso nacional es precisa la autorización judicial, por ejemplo, en las intervenciones telefónicas, cesiones de datos de tráfico, o entradas y registros domiciliarios, sin que en la verificación de los presupuestos a los que se condiciona dicha autorización esté previsto informe preceptivo alguno del Ministerio Fiscal.

78.- Abundando en esta idea, no puede soslayarse la situación paradójica que se produciría de mantenerse la competencia del Ministerio Fiscal en los términos previstos por el proyectado artículo 187.2 AL. En él se faculta al Ministerio Fiscal para sustituir la medida solicitada limitativa de derechos fundamentales por otra que no restrinja dichos derechos, cuando la competencia para reconocer y ejecutar medidas de este tipo corresponde al juez o tribunal, a los que corresponde también decidir sobre su sustitución y, en su caso, sobre la imposibilidad de ejecución. Obsérvese que la sustitución de la medida se concibe, tratándose de las limitativas de derechos fundamentales, con relación a otras que sean *menos* restrictivas de dichos derechos y puedan proporcionar el mismo resultado que la sustituida (artículo 10.3 D/OEI y artículo 207.2 AL).

79.- Lo anterior abona la idea de que, en la actual configuración del proceso penal, parece preferible que la autoridad de reconocimiento y ejecución de la OEI se resida en un órgano jurisdiccional, y no en el Ministerio Fiscal.



80.- La atribución de la competencia objetiva y territorial que contempla el artículo 187.3 del ALOEI parece adecuada: corresponderá al juez de instrucción o de menores donde deban practicarse las medidas de investigación. En el supuesto de que no pudiera ser aplicable la conexión territorial del lugar de ejecución de la medida cabría articular la competencia en torno a otras conexiones alternativas posibles, como el lugar de residencia de las personas afectadas por ella. También, en el caso de medidas relativas a cuentas bancarias (artículo 26 D/OEI y 217 y 218 AL), si el titular de la cuenta no está domiciliado o reside en España, la competencia territorial podría articularse en torno a la conexión consistente en el lugar donde radique la sede social de la entidad. La previsión de otras conexiones alternativas parece encontrarse implícita en el apartado a) del artículo 187.3 AL, cuando alude al caso de que *"no hubiera ningún elemento de conexión territorial"*, sin limitarse, por tanto, a la consistente en el lugar donde deba practicarse la medida de investigación; no obstante, parece más adecuado contemplar de manera expresa la posibilidad de conexiones alternativas al lugar de ejecución de la medida.

81.- El último inciso del apartado a) del artículo 187.3 ALOEI establece, precisamente en esos casos en los que no concurre elemento de conexión territorial alguno, que la competencia corresponderá a los Jueces de Instrucción de Madrid. La regla de competencia quiere funcionar a modo de elemento de cierre en evitación de situaciones claudicantes. Pero este riesgo de ausencia de conexiones territoriales se limitaría si, según lo que se acaba de exponer, se contemplasen de forma expresa otras conexiones alternativas posibles distintas de la del lugar donde haya de practicarse la medida. Por otra parte, aun cuando responde a una opción del prelegislador, la atribución de la competencia en tales casos a los Juzgados de Instrucción de Madrid no se encuentra suficientemente justificada. Adviértase que en otros supuestos en los que no se llevan a cabo propiamente diligencias de investigación en España, como en el caso de traslado de detenidos en España al Estado de emisión para la práctica en este de diligencias (supuesto regulado en el artículo 23 D/OEI y en el artículo 214 AL), el prelegislador ha optado por atribuir la competencia a los Juzgados Centrales de Instrucción y Central de Menores (artículo 187.3 c); solución que encuentra coherencia con lo previsto para otros instrumentos de reconocimiento mutuo, como los relativos a las resoluciones por las que se impone una pena o medida preventiva de libertad (artículo 64.2 LRM) o a las resoluciones de libertad vigilada (artículo 95.2 LRM). También, en los casos de intervenciones de telecomunicaciones con interceptación de la dirección IP de una persona investigada o encausada que se encuentre en España y cuya asistencia técnica no sea necesaria (artículo 222 AL), y en



donde tampoco se lleva a cabo diligencia de investigación alguna en territorio nacional por la autoridad de ejecución, la competencia para recibir la notificación de la intervención y para dirigir a la autoridad de emisión las comunicaciones subsiguientes se atribuye a los Juzgados Centrales de Instrucción (artículo 187.3 b). Si en esos casos se centraliza la competencia en los Juzgados Centrales por razón de no tener lugar medidas de investigación propiamente dichas, o medidas de investigación en territorio español, la misma centralización en tales órganos podría predicarse en los supuestos en los que se hayan agotado todas las conexiones territoriales alternativas posibles. Por lo demás, puede entenderse razonable la atribución de la competencia a los Juzgados Centrales de Instrucción cuando se trata de medidas de investigación contenidas en una OEI emitida, además de por el delito de terrorismo, por alguno de los delitos cuyo enjuiciamiento compete a la Audiencia Nacional, como los delitos contra la salud pública o las defraudaciones, caracterizados por estar afectada una generalidad de personas o por producir sus efectos en el territorio de más de una Audiencia (cfr. artículos 65 y 88 LOPJ).

82.- En cualquier caso, debe recordarse que, sea cual sea la atribución competencial, la misma se encuentra amparada por la habilitación general que se introdujo a raíz de la Ley Orgánica 6/2014, de 29 de octubre, complementaria de la LRM, y por la que se reforma la LOPJ.

83.- En otro orden de cosas, deben valorarse positivamente las previsiones relativas al cambio sobrevenido del lugar donde deba practicarse la medida de investigación, que no alterará la competencia del órgano judicial que hubiese acordado el reconocimiento y ejecución de la OEI, conforme a la regla general de la litispendencia, y a los casos en los que en la OEI se solicitasen diversas medidas de investigación que deban practicarse en lugares distintos, supuestos en los que el órgano judicial que resulte competente para conocer de una de ellas lo será también para las restantes, aunque deban ejecutarse fuera de su circunscripción (artículo 187.3, párrafos sexto y séptimo), concentrándose la competencia en un único órgano, en evitación de reenvíos sucesivos.

III

84.- El Capítulo II del nuevo Título X versa sobre el régimen de emisión y transmisión de la OEI, y se divide en dos secciones, la primera relativa al régimen general de emisión y transmisión de las órdenes, y la segunda



referida al régimen de emisión de OEI con medidas específicas de investigación.

85.- Se ha de advertir, ante todo, que aun cuando el Capítulo y la sección primera del mismo se refieren también a la transmisión de la OEI, lo cierto es que no contienen normas específicas sobre ella. La razón de este silencio cabe encontrarla en el hecho de que el artículo 8 LRM regula con carácter general la transmisión de órdenes y resoluciones para su ejecución al amparo del principio de reconocimiento mutuo en términos similares a los previstos en el artículo 7 D/OEI, incluyendo la asistencia de las autoridades centrales y la que brinda la Red Judicial Europea (RJE) y Eurojust, lo que hace innecesaria una regulación específica de la transmisión de la OEI; si bien esta regulación general debe completarse con la previsión de la posibilidad de transmitir la OEI utilizando el sistema de comunicaciones de la RJE, como se establece en la Decisión 98/428/AI del Consejo (Acción común 98/428/AI, de 29 de junio de 1998, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del TUE, por la que se crea una red judicial europea, DO L 191, de 7.7.1998), y de prever la eventualidad de que la OEI deba ser remitida sucesivamente a diferentes Estados de ejecución.

86.- El artículo 188 AL regula el contenido de la OEI. Esta regulación se completa con la recogida en el artículo 7 LRM, relativa a las formalidades para la emisión y la documentación de órdenes y resoluciones para su ejecución al amparo del principio de reconocimiento mutuo. Con uno y otro precepto se da cabal cumplimiento a las previsiones del artículo 5 D/OEI relativas al contenido y forma de la OEI, así como a la lengua utilizable. El formulario y su contenido aparecen ahora referidos al que se recoge en el Anexo XIII que introduce el AL. Respecto del mismo, cabe hacer, sin embargo, las siguientes observaciones:

- a) En el formulario del Anexo XIII no se reserva un apartado para identificar la autoridad de ejecución. Sí se incluye en el formulario del Anexo XIV –relativo a la conformación de la recepción de la OEI–, pero sería aconsejable que figurara también en el formulario de emisión.
- b) En la sección relativa a los tipos de procedimiento respecto de los que cabe la emisión de la OEI (sección F del formulario del Anexo XIII), en el apartado c), se indica erróneamente "*procedimientos incoados por una autoridad judicial por actos o hechos delictivos...*", cuando, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 c) D/OEI debería referirse a "*procedimientos incoados por autoridades judiciales por hechos tipificados en el Derecho interno del Estado de emisión por*



ser infracciones de disposiciones legales...". El prelegislador, con seguridad, tenía en mente que, tratándose de OEI emitidas por las autoridades españolas, esta clase de procedimiento no existe en el Derecho español, como tampoco cabría la emisión de una OEI respecto de los procedimientos a los que se refiere el apartado b) del artículo 4 de la Directiva. Por tanto, se ha limitado a reproducir en este punto el formulario que figura como Anexo de la Directiva, pero al haberlo hecho, y al haber incurrido en el señalado error al describir el procedimiento descrito en el apartado c), introduce una indeseable confusión que debería evitarse.

- c) En la sección J, "*Recursos*", debería contemplarse la situación de que, de ser el fiscal la autoridad de emisión, contra el decreto que dicte no cabe recurso alguno por virtud de lo dispuesto en el artículo 13.4 LRM, información relevante en el Estado de ejecución a la hora de acordar el reconocimiento y llevar a cabo la ejecución de la medida en contemplación de los derechos de defensa del investigado o acusado.
- d) En la Sección L se consignarán los datos de la autoridad judicial que haya validado la OEI. El formulario utiliza la expresión "*legitimado*", cuando es más correcto el empleo del término "*validado*", como hace a continuación al referirse a la denominación oficial de la entidad validadora.

87.- Por lo demás, el apartado f) del artículo 188.1 ALOEI, que incluye en el contenido de la OEI las formalidades y procedimientos cuya observancia la autoridad de emisión solicita que sean respetadas por el Estado de ejecución, sirve para dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 2 d) y 9.2 de la Directiva. Este último establece que *«[l]a autoridad de ejecución observará las formalidades y procedimientos expresamente indicados por la autoridad de emisión, salvo que la presente Directiva disponga lo contrario y siempre que tales formalidades y procedimientos no sean contrarios a los principios jurídicos fundamentales del Estado de ejecución»*. Debe retenerse que la ejecución de la OEI se ha de llevar a cabo conforme a la *lex loci* del Estado de ejecución, si bien es preciso permitir que se lleve a cabo conforme aquellos procedimientos y bajo aquellas formalidades que, según la *lex fori* del Estado de emisión, han de dotar de validez en el procedimiento que se sigue en el foro a la medida de investigación y a la prueba obtenida a través de ella; siempre que tales procedimientos y formalidades no pugnen con los principios jurídicos fundamentales del ordenamiento del Estado de ejecución –es decir, con los que integran su concepto de orden público-. El sistema de emisión, reconocimiento y ejecución de una OEI gravita, pues, en torno a un doble filtro de



autorización de la medida, específicamente cuando esta es restrictiva de derechos fundamentales, tanto en el Estado de emisión como en el Estado de ejecución, por lo que se abre la vía a la eventual autorización judicial en el Estado de ejecución ex artículo 2 d) D/OEI e incluso a la doble autorización judicial si esta es exigida en las respectivas legislaciones internas de los Estados de emisión y de ejecución.

88.- El apartado segundo del artículo 188 se refiere a las OEI complementarias de otras anteriores, recogiendo, en esencia, los términos del artículo 8 D/OEI, relativo a las OEI relacionadas con otras anteriores.

89.- El artículo 189 AL regula los requisitos para la emisión de una OEI, de forma análoga a la contenida en el artículo 6.1 D/OEI. Estos requisitos consisten en *i)* que la emisión de la OEI sea necesaria y proporcionada a los fines del procedimiento para el que se solicita; y *ii)* que la medida o medidas de investigación solicitadas cuyo reconocimiento y ejecución se pretende se hayan acordado en el proceso penal español en el que se emite la OEI.

90.- La enunciación de tales requisitos es, decimos, análoga a la contenida en el artículo 6.1 D/OEI, y responde, en esencia, a las condiciones de necesidad, proporcionalidad y legalidad que han de concurrir para la válida adopción de medidas de investigación y obtención de pruebas con respeto de los derechos fundamentales. En efecto, la necesidad y la proporcionalidad se encuentran implícitas en el artículo 189.1 a); y la proporcionalidad –de nuevo- y la legalidad se encuentran en el requisito de la letra b), por cuanto para acordarse en el proceso español, las medidas interesadas han de estar previstas legalmente. Por lo demás, es más clarificadora la redacción que emplea el prelegislador al describir el requisito contenido en el apartado b) del precepto (*“que la medida o medidas de investigación solicitadas cuyo reconocimiento y ejecución se pretende se hayan acordado en el proceso penal español en el que se emite la OEI”*), en vez de la fórmula utilizada por el legislador europeo (*“la medida o medidas de investigación requeridas en la OEI podrían haberse dictado en las mismas condiciones para un caso interno similar”*), por cuanto es claro que las medidas requeridas han de haber sido acordadas en el procedimiento nacional. Se trata, en suma, de evitar lo que desde algún sector doctrinal se ha denominado *«forum shopping probatorio»*: permitir la realización de medidas de investigación y la obtención de pruebas en el extranjero cuando unas u otras no pueden acordarse y obtenerse en el foro.



91.- Una más adecuada vinculación de los presupuestos de la emisión de la OEI a las exigencias derivadas del respeto de los derechos fundamentales, y un mejor cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 1.4 y 6.1 a) de la Directiva, aconseja, sin embargo, que al enunciar el requisito que contiene las condiciones de necesidad y proporcionalidad, se complete con la alusión a tales derechos, como hace este último precepto de la Directiva.

92.- El sistema de emisión, de reconocimiento y ejecución de la OEI se articula, como viene exponiéndose, en torno a la regla general de que las condiciones de emisión –la necesidad, proporcionalidad y legalidad de la medida y la prueba a obtener- solo han de ser examinadas por la autoridad de emisión [cfr. Considerando (10) y artículo 6.2 D/OEI], y no, en principio, por la autoridad de ejecución, la cual, si tuviera razones para creer que no se han cumplido las condiciones para la emisión, podrá consultar a la autoridad de emisión sobre la importancia de la ejecución de la OEI; tras lo cual, esta podrá decidir la retirada de la OEI (artículo 6.3 D/OEI).

93.- Parecería, por tanto, que las facultades de la autoridad de ejecución respecto del cumplimiento de las condiciones de emisión quedan circunscritas a la referida consulta sobre la importancia de la ejecución de la OEI, importancia que también se mide en términos de costes, y no estrictamente de eficacia para el proceso seguido en el Estado de emisión.

94.- Sin embargo, como ha venido anticipándose, el sistema autoriza un cierto grado de control de las condiciones de emisión en el Estado de ejecución. De este modo, la autoridad de ejecución podrá llevar a cabo una revisión de los requisitos de legalidad y proporcionalidad conforme a los parámetros de la *lex loci*, y siempre que no se trate de medidas que han de estar contempladas en todo caso en las legislaciones de los Estados miembros –las que se refieren el apartado segundo del artículo 10 D/OEI, y el segundo inciso del apartado primero del artículo 207 AL-, podrá acordar (*rectius*, acordará) la sustitución de la medida requerida si: i) no existe en el Derecho nacional del Estado de ejecución, o ii) no existe para un caso interno similar; o iii) existe una medida de investigación distinta de la requerida que tenga el mismo resultado que esta por medios menos restrictivos de los derechos fundamentales (artículo 10.1 y 3 D/OEI, y artículo 207.2 y 3 AL).

95.- Asimismo, este control de la legalidad y proporcionalidad de la medida en el Estado de ejecución se manifiesta en la comunicación a la autoridad de emisión de la imposibilidad de la ejecución de la OEI si no puede sustituirse por otra (artículo 10.5 D/OEI, y 207.5 AL).



96.- Se pone también de relieve mediante la denegación del reconocimiento y ejecución de la OEI, de no ser posible la sustitución de la medida, cuando existan motivos fundados para creer que la ejecución de la medida sería incompatible con las obligaciones del Estado de ejecución de conformidad con el artículo 6 TUE y de la Carta; cuando no se dé el requisito de la doble incriminación, salvo en los casos en los que esta no opera –a los que se aludirá más adelante–; y, en fin, cuando la medida solo esté disponible para una concreta lista o categoría de delitos o para delitos castigados por encima de un determinado umbral de pena, y la medida requerida no cumpla tales presupuestos [artículos 1.4, 11.1 f), g) y h) D/OEI, y artículo 208.1 c), d) y e) AL].

97.- Cabe ver también manifestación de este control en el Estado de ejecución en la salvaguarda de las garantías de los derechos fundamentales en dicho Estado, aun cuando de la impugnación de la OEI por motivos de fondo deban conocer las autoridades competentes del Estado de emisión (artículo 14.2 D/OEI), y en el obligado respeto de los derechos de defensa y la equidad del proceso al evaluar en el Estado de emisión las pruebas obtenidas a través de la OEI (artículo 14.7 D/OEI).

98.- El control por la autoridad de ejecución de la necesidad de la medida, por su parte, se pone de relieve mediante el mecanismo de sustitución de la medida solicitada por otra que, con el mismo resultado, sea menos invasiva de los derechos fundamentales, previa consulta e información a la autoridad de emisión [artículo 10.3 D/OEI y artículos 207.5 y 212.1 d) AL].

99.- Pues bien, este sistema es el que se acoge implícitamente en la norma proyectada, al incorporar convenientemente los preceptos de la Directiva que contienen los presupuestos de emisión de la OEI y –con los matices que se verán– los motivos de sustitución, de imposibilidad de ejecución y de denegación de la Orden. El trámite de consulta previo a la sustitución de la medida en los casos de inexistencia de la solicitada o de inexistencia para un caso interno similar, y en los casos de medidas menos restrictivas de derechos fundamentales, así como la comunicación a la autoridad de ejecución tras la consulta e información por parte de esta, se contemplan, por lo demás, en su vertiente pasiva –es decir, desde la posición de la autoridad española como autoridad de emisión–, en el proyectado artículo 192 AL.

100.- Con todo, cabe hacer las siguientes observaciones respecto de la regulación de la emisión de la OEI en el AL:



- a) El artículo 189.1 permite que la OEI sea adoptada a instancia de parte, lo que debe entenderse como comprensivo de todas las partes del proceso. Se satisface, de este modo, los principios de defensa e igualdad de armas en el proceso, en punto a la obtención de la prueba transfronteriza. Cabría considerar, sin embargo, la conveniencia de que, fuera de aquellas actuaciones declaradas secretas, se articule un trámite de audiencia previo a la emisión, fundamentalmente cuando se haya solicitado a instancia de una parte, y específicamente cuando se vaya a adoptar la decisión de no emitir la OEI solicitada por no concurrir los presupuestos precisos para ello.
- b) Relacionado con lo anterior, es necesario prever el recurso contra la decisión de no emitir la OEI, con la pertinente modificación del artículo 13 LRM, que solo contempla el recurso contra la resolución por la que se acuerde la transmisión de un instrumento de reconocimiento y ejecución.
- c) Sería conveniente incorporar a la regulación que contiene el artículo 13 LRM sobre los recursos contra las resoluciones de transmisión de instrumentos de reconocimiento mutuo las específicas previsiones que se contienen en el artículo 14 D/OEI respecto de este concreto instrumento, en particular las relativas a la competencia de las autoridades del Estado de emisión para conocer la impugnación de una OEI por motivos de fondo, la información sobre los recursos admisibles y el plazo de interposición –salvo que socave la confidencialidad de la investigación-, las medidas para la plena efectividad del derecho a recurso y el efecto no suspensivo de los recursos interpuestos (cfr. artículo 13.2, 3, 4, 5 y 6 D/OEI).
- d) Convendría asimismo considerar la específica situación de la irrecurribilidad de las decisiones del Ministerio Fiscal (artículo 13.4 LRM). En estos casos, en línea con lo propuesto por algunos Estados miembros –Alemania, en particular-, sería dable permitir que el recurso contra la OEI por motivos de fondo –incluyendo las condiciones de emisión, el tipo de procedimiento y la competencia para emitir la Orden- se diera no solo en el Estado de emisión, sino también en el Estado de ejecución, trasladándola al artículo 24 de la LRM, posibilidad que abre el último inciso del apartado segundo del artículo 16 de la Directiva, que deja a salvo las garantías de los derechos fundamentales en el Estado de ejecución.

101.- El artículo 189.2 contiene la previsión de que la autoridad competente española indique en la OEI que se requiere un plazo más corto que el previsto con carácter general para la ejecución de la medida, o que la



medida de investigación tiene que llevarse a cabo en una fecha concreta. Esta petición se fundamentará de manera expresa en los plazos procesales, la gravedad del delito u otras circunstancias particularmente urgentes.

102.- Esta disposición ha de ponerse en relación con el artículo 12 D/OEI, relativo a los límites temporales para el reconocimiento y la ejecución, y particularmente con su apartado segundo, que contempla la situación descrita en análogos términos a los de la norma proyectada. El fundamento de la petición deberá expresarse al cumplimentar la sección B "*Urgencia*" del formulario que figura como Anexo XIII.

103.- El apartado tercero del artículo 189 contiene una norma que incorpora una regla que afecta a la validez de los actos de investigación realizados en el Estado de ejecución, y por consiguiente, de la prueba obtenida con ellos. Ante todo, debe significarse que su ubicación sistemática en el artículo que contiene los requisitos para la emisión de una OEI no es la más adecuada: no se trata de regular los presupuestos de validez de la OEI, sino de regular la validez en el Estado de emisión de las medidas de investigación y de la prueba transnacional obtenida en el Estado de ejecución. Desde un punto de vista sistemático sería más correcto, por tanto, que este precepto se contuviera en un artículo independiente, diferenciado del relativo a los requisitos de emisión de la OEI.

104.- La D/OEI no contiene normas sobre la validez y admisibilidad en el Estado de emisión de la prueba obtenida como consecuencia de la realización de medidas de investigación en el Estado de ejecución. Únicamente, el artículo 16.7 dispone, como ya se ha visto, que «*[t]oda impugnación que prospere contra el reconocimiento o la ejecución de una OEI será tomada en cuenta por el Estado de emisión con arreglo a su propio Derecho interno*»; y añade que, sin perjuicio del Derecho procesal interno los Estados miembros velarán por que, en los procesos penales en el Estado de emisión, se respeten los derechos de la defensa y la equidad del proceso al evaluar las pruebas obtenidas a través de la OEI.

105.- El criterio general que se sigue en la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo es, como es bien sabido, conceder validez a la prueba obtenida mediante medidas de investigación practicadas conforme a la *lex loci* (cfr. SSTs 4777/2013, de 8 de octubre, ECLI:ES:TS:2013:4777, y 456/2013, de 9 de junio, ECLI:ES:TS:2013:456, si bien ambas referidas a la obtención de pruebas al amparo del artículo 3 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia penal de 20 de abril de 1959).



106.- Ahora bien, esta regla general no es inconciliable con que desde los recientes instrumentos internacionales se ofrezca cierto margen de aplicación a la *lex fori* (cfr. artículo 4 del Convenio de asistencia judicial en materia penal de 2000; y en lo que ahora ocupa, artículo 9.2 D/OEI). Se trata en este punto, como se ha anunciado con anterioridad, de vincular el sistema de reconocimiento mutuo al régimen de tutela de los derechos fundamentales en la UE, los consignados en el artículo 6 TUE y en la Carta – en sus artículos 48 y siguientes, fundamentalmente- y en su marco de aplicación, en el CEDH. No basta, por tanto, que la medida de investigación se haya practicado, y se haya obtenido la prueba, conforme a la *lex loci*, sino que es preciso también que la práctica de las medidas y la obtención de la prueba se acomode a las normas y principios esenciales de la *lex fori* en la medida en que lo exija el respeto a las garantías procesales consignadas, no solo en el ordenamiento constitucional del Estado de emisión, sino en el ordenamiento europeo, conforme a los criterios interpretativos y de aplicación establecidos, en sus respectivos ámbitos, por el TJUE y por el TEDH. Así se ha de entender, precisamente, la posibilidad que abre el artículo 9.2 de la D/OEI de solicitar que la medida de investigación y la prueba obtenida se ajuste a determinadas formalidades y procedimientos, que estarán encaminados a garantizar que la prueba obtenida por tales medios será respetuosa con tales garantías procesales y, en consecuencia, válida en el foro; del mismo modo que la autoridad de ejecución podrá rechazar la práctica de las medidas de investigación con arreglo a tales procedimientos y formalidades cuando contravenga el sistema de garantías, no solamente interno, sino especialmente el que se contiene en el ordenamiento europeo.

107.- Conviene retener, además, que conforme a la doctrina que se deriva de la STJUE de 26 de febrero de 2013 (as. C-399/11, Melloni, ECLI:EU:C:2011:107), en toda materia armonizada –y el reconocimiento mutuo de resoluciones penales en materia probatoria lo es- no cabe invocar el artículo 53 de la Carta para aplicar el estándar más elevado de protección de los derechos fundamentales que dispensa el correspondiente ordenamiento constitucional y oponerlo, en su caso, a la aplicación de disposiciones del Derecho de la Unión, por cuanto con ello se menoscabaría el principio de primacía del Derecho de la Unión y pondría en cuestión la uniformidad del nivel de protección de los derechos fundamentales definido por el ordenamiento europeo, y contravenir los principios de confianza y de reconocimiento mutuo que pretenden reforzar los instrumentos internacionales europeos y, en suma, comprometer su eficacia. Tal y como se puntualiza desde autorizadas voces, el TJUE, mediante el juego combinado de tales principios y del artículo 53 de la Carta, establece un



mínimo común denominador para el estándar de protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea en ámbitos armonizados. No se trata de hacer prevalecer, en toda circunstancia, el máximo nivel de protección, sino de fijar el umbral que responde al consenso alcanzado por los Estados miembros en su conjunto.

108.- Estos criterios de validez, conforme a estos parámetros, deberían reflejarse en el precepto analizado -más allá de la genérica previsión del artículo 3 de la LRM-, cuya redacción se habría de completar con la alusión, junto a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico español, de los del Derecho de la Unión, particularmente los contenidos en el artículo 6 TUE y en la Carta, conforme han sido interpretados por el TJUE.

109.- El artículo 191 AL regula la solicitud de participación de la autoridad española, como autoridad de emisión, en la ejecución de la OEI por ella emitida. La situación contraria, es decir, la participación de autoridades del Estado de emisión en la práctica de medidas de investigación en territorio español se contempla en el artículo 206 AL.

110.- Esta participación del Estado de emisión en la ejecución de la OEI se prevé en el artículo 9.4 y 9.5 D/OEI. Establece el apartado 4 del artículo 9 que *«[L]a autoridad de emisión podrá pedir que una o varias autoridades del Estado de emisión asistan en la ejecución de la OEI para apoyar a las autoridades competentes en el Estado de ejecución en la medida en que las autoridades del Estado de emisión designadas estén facultadas para participar en la ejecución de las medidas de investigación requeridas en la OEI en un caso interno similar. La autoridad de ejecución accederá a dicha petición, siempre que esa asistencia no sea contraria a los principios jurídicos fundamentales en el estado de ejecución ni perjudique sus intereses de seguridad nacional esenciales»*; y el apartado quinto reza: *«[L]as autoridades del Estado de emisión presentes en el Estado de ejecución se someterán al Derecho del estado de ejecución durante la ejecución de la OEI. No tendrán ninguna competencia coercitiva en el territorio del Estado de ejecución a no ser que el ejercicio de dicha competencia en el territorio del estado de ejecución sea conforme con el Derecho nacional del estado de ejecución y en la medida acordada entre la autoridad de emisión y la de ejecución»*.

111.- Las referidas disposiciones han de completarse con las del artículo 17, referido a la responsabilidad penal en relación con funcionarios, y conforme al cual, *«[C]uando, en el marco de la aplicación de la presente Directiva, funcionarios del Estado de emisión se encuentren presentes en el territorio*



del Estado de ejecución, dichos funcionarios serán considerados como funcionarios del Estado de ejecución por lo que respecta a los delitos cometidos contra ellos o por ellos»; y con las del artículo 18, que regula la responsabilidad civil en relación a los funcionarios, bajo las reglas siguientes: i) la responsabilidad del Estado miembro por los daños y perjuicios causados por sus funcionarios que se encuentre en el territorio del Estado de ejecución en el transcurso de las operaciones, con arreglo al derecho de este último Estado; ii) la reparación por el Estado en cuyo territorio se causen los daños y perjuicios en las condiciones aplicables a la reparación de los daños y perjuicios causados por sus propios funcionarios; y ii) la restitución íntegra, por el Estado miembro cuyos funcionarios hayan causado daños y perjuicios a cualquier persona en el territorio de otro Estado miembro, a este último Estado, de los importes abonados a las víctimas o a sus derechohabientes.

112.- La solicitud de participación de la autoridad española competente para la emisión de la OEI en la ejecución de la misma se recoge en el artículo 191 en términos análogos a los del artículo 9.4 D/OEI, si bien dicha participación parece limitada a la autoridad de emisión –la Directiva autoriza a solicitar la participación de *"una o varias autoridades del Estado de emisión"*–, y se añade la obligación de justificar dicha participación. Añade el precepto que la autoridad española competente que participe en la ejecución de la OEI por ella emitida podrá recibir directamente las pruebas obtenidas y de manera inmediata por la autoridad del Estado de ejecución, siempre que lo hubiera solicitado en la OEI, lo que no es sino trasunto de lo dispuesto en el artículo 13.1, segundo inciso, de la D/OEI. Cabe hacer, no obstante, las siguientes puntualizaciones a la regulación proyectada en este punto:

- a) En primer lugar, la solicitud de participación podría extenderse de manera expresa, no solo a la autoridad de emisión, sino también a las autoridades del Estado de emisión, siempre con la limitación de que estuvieran facultadas para participar en la ejecución de las medidas en un caso interno similar.
- b) En segundo lugar, la norma proyectada no precisa el alcance de la participación, como hace el artículo 9.4 D/OEI, que indica que dicha asistencia lo será *"para apoyar a las autoridades competentes del Estado de ejecución"*; lo que, sin embargo, no debe entenderse como un exceso en la transposición de la norma europea, pues el objeto de la participación está limitado por la exigencia de que lo sea de la misma forma que hubiera tenido lugar en la ejecución de la medida en el territorio nacional. La participación *"para apoyar"* la ejecución



puede tener, de este modo, tanto carácter material como operativo; siendo lo relevante que la participación de la autoridad española lo sea en análogos términos que en el proceso nacional, y permita asegurar la validez de la prueba en el proceso nacional, garantizando, por ejemplo, la cadena de custodia, o la proporcionalidad en la ejecución de la medida, por ser conocedora la autoridad participante de las circunstancias que pueden reducir la restricción de los derechos fundamentales.

- c) Y en tercer lugar, que al contemplar la remisión directa de las pruebas a la autoridad competente española, debería añadirse *"siempre que sea posible con arreglo al Derecho del Estado de ejecución"*, asegurándose de ese modo la licitud de dicha transmisión conforme a la *lex loci*.

113.- Por lo demás –cabe anticiparlo ya-, la regulación de la participación de las autoridades del Estado de emisión en la ejecución de la OEI en España es asimismo acorde con las previsiones de la Directiva. Debería, sin embargo, tener traslación al ordenamiento interno el régimen de responsabilidad establecido en el artículo 18 de la Directiva, que no se satisface con la previsión sobre indemnizaciones y reembolsos que se contiene en el artículo 26 de la LRM.

114.- El artículo 193 AL, bajo el epígrafe *"Utilización en España de datos personales obtenidos en la ejecución de la orden europea de investigación"*, alude al principio de especialidad en la utilización de las pruebas obtenidas.

115.- El artículo 19.3 D/OEI recoge este principio al tratar de la confidencialidad de la OEI, y de manera diferenciada a la protección de datos (artículo 20). La regulación que hace el prelegislador nacional difiere, sin embargo, de la de la Directiva. En primer término, el artículo 193 se encuentra limitado a *"los datos personales obtenidos"* en la ejecución de la OEI, mientras que el principio de especialidad viene referido a toda prueba obtenida, y no solo a los datos personales.

116.- En segundo lugar, la Directiva contempla como excepción del principio los casos en que i) la autoridad de ejecución lo autorice, autorización que parece presumirse en atención a la fórmula utilizada (*"a menos que la autoridad de ejecución haya indicado otra cosa"*); y ii) la utilización de la prueba obtenida en otro procedimiento distinto esté permitida por el Derecho del Estado de ejecución. El artículo 193.1 AL autoriza esa utilización *«[e]n aquellos otros (procesos) relacionados de manera directa con aquel (el proceso en el que se hubo acordado la OEI) o excepcionalmente para prevenir una amenaza inmediata y grave para la*



seguridad pública». Junto con tales casos, prevé la utilización para otros fines de los datos personales obtenidos cuando, recabado el consentimiento de la autoridad del Estado de ejecución o del titular de los datos, una y otro lo hubieran prestado.

117.- Con seguridad, el prelegislador ha tenido en cuenta que en el ordenamiento jurídico español la utilización de las pruebas obtenidas en otro proceso no está proscrita: lo autoriza el artículo 579 *bis* LECrim con relación a la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica, y el artículo 588 *bis* i) LECrim con relación a las medidas de investigación reguladas en el Capítulo IV, Título VIII, del Libro II. Explicaría, así las cosas, el porqué de la limitación del principio de especialidad en la obtención de pruebas a los datos personales, y la proyección de este principio a ellos, en la medida en que se ven afectados por su específica regulación en la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD)-y en el futuro, en la Ley Orgánica que la sustituya para adaptar el Reglamento (UE) 2016/678, de 27 de abril de 2016- así como en las normas europeas aplicables. La obtención de pruebas en ejecución de la OEI, el principio de especialidad en su obtención, y el derecho a la protección de datos de carácter personal aparecen así interrelacionados en la norma proyectada, pero esta relación no redundará en una mayor claridad del precepto. Adviértase que el texto proyectado destina la Disposición adicional única a la protección de datos de carácter personal obtenidos como consecuencia de la emisión o ejecución de la OEI, que, según indica, *«estarán protegidos de conformidad con lo dispuesto en la normativa española de protección de datos»*; previsión acaso insuficiente, en la medida en que habrá de tenerse presente, no solo el ordenamiento interno -la LOPD y la LOPJ (artículos 136 *bis* a 236 *decies*), en la medida en que se trate de datos de carácter jurisdiccional-, sino también la Directiva (UE) 2016/680, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección y enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales y a la libre circulación de dichos datos (DOUE L 119, de 4.5.2016), por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal (DO L 350, de 30.12.2008).

118.- Debe retenerse que los Considerandos (40), (41), (42) y (46) de la D/OEI, que recuerdan que la protección de las persona físicas en relación



con el tratamiento de datos de carácter personal es un derecho fundamental que se encuentra amparado por el artículo 8 de la Carta y el artículo 16.1 del TFUE, y los artículos 19.3 y 20 de la D/OEI son consecuencia directa del dictamen emitido por el Supervisor Europeo de Protección de Datos con fecha 5 de octubre de 2010 (DOUE C 355 de 29.12.2010), que recomendó que se incluyera una mención específica referida a que las pruebas obtenidas mediante una OEI no podrían ser utilizadas para fines distintos de los de prevención, la investigación, la detección o el enjuiciamiento de delitos, o la aplicación de sanciones penales y el ejercicio del derecho de defensa. Esta recomendación se trasladó a la D/OIE, si bien no en sus exactos términos, incluyéndose en el artículo 19.3, relativo a la confidencialidad, mientras que el siguiente, el 20, se reserva a la protección de datos personales.

119.- El proyectado artículo 193 AL parece ser, pues, tributario de aquellas recomendaciones. Sin embargo, resulta más conveniente distinguir el principio de especialidad de las pruebas obtenidas en ejecución de la OEI, concebido con carácter general y que aparece vinculado en el artículo 19 D/OEI a la confidencialidad de la OEI, y dicho principio proyectado sobre la protección de datos de carácter personal, que se rige por parámetros propios derivados de su propia naturaleza y su específica regulación, que explicarían la excepción del principio de especialidad desde la óptica de las disposiciones que rigen el tratamiento de dichos datos. Se trataría, por tanto, de diferenciar la confidencialidad en el plano del reconocimiento mutuo de resoluciones penales en materia de prueba transfronteriza y la obtención de dicha prueba, del tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales y la libre circulación de dichos datos, que tiene su regulación específica en la mencionada Directiva 2016/680, y en lo que no resulte de aplicación, en el Reglamento 2016/679.

120.- A este respecto, conviene recordar que, según indica el Considerando (7) de la Directiva 2016/680, para garantizar la eficacia de la cooperación judicial en materia penal y de la cooperación policial, es esencial asegurar un nivel uniforme y elevado de protección de los datos personales de las personas físicas y facilitar el intercambio de datos personales entre las autoridades competentes de los Estados miembros. A tal efecto, el nivel de protección de los derechos y libertades de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de la ejecución de sanciones penales, incluidas la protección y la prevención frente a las amenazas para



la seguridad pública, deben ser equivalentes en todos los Estados miembros.

121.- El Considerando (10), por su parte, recuerda que en la Declaración nº 21 relativa a la protección de datos de carácter personal en los ámbitos de la cooperación judicial en materia penal y de la cooperación policial, aneja al acta final de la Conferencia Intergubernamental que adoptó el Tratado de Lisboa, la Conferencia reconoció que podrían requerirse normas específicas sobre protección de datos personales y libre circulación de los mismos en los ámbitos de la cooperación judicial en materia penal y de la cooperación judicial basada en el artículo 16 TUE, en razón de la naturaleza específica de dichos ámbitos.

122.- La Directiva 2016/680, por tanto, es la norma europea que recoge las disposiciones específicas sobre el tratamiento de datos personales en dichos ámbitos, cuyo artículo 9.1 dispone que los datos personales recogidos por las autoridades competentes para los fines establecidos en el artículo 1.1 no serán tratados para otros fines distintos, salvo que dicho tratamiento esté autorizado por el Derecho de la Unión o del Estado miembro; y en los artículos 13 y siguientes, al regular los derechos de los interesados, se contienen las limitaciones de estos, entre otras, para evitar la obstaculización de indagaciones, investigaciones o procedimientos oficiales o judiciales, el perjuicio a la prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de infracciones penales o a la ejecución de sanciones penales, y por razones de seguridad pública y nacional.

123.- De este modo, el principio de especialidad en la obtención de las pruebas en ejecución de la OEI, en los términos previstos en el artículo 19.3 D/OEI, debería contemplarse separadamente del proyectado sobre los datos personales, incluyendo en aquel las excepciones previstas en el citado artículo 19.3 de la D/OEI, a saber, que la autoridad de ejecución autorice la utilización de la prueba en procesos distintos –presumiéndose dicha autorización- y el Derecho interno lo permita, como de suyo hace el artículo 213.2 ALOEI.

124.- El tratamiento de datos personales a los fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales y a la libre circulación de dichos datos, por su parte, debe remitirse a la regulación contenida en la Directiva 2016/680 y a la norma interna por la que se transponga, y en lo que no resulte aplicable, al Reglamento 2016/679 y a la norma nacional por la que se adapte el mismo. Coherentemente, la Disposición adicional única del AL debe indicar que los datos de carácter



personal obtenidos como consecuencia de la emisión o ejecución de una OEI estarán protegidos de conformidad con lo dispuesto en normas del Derecho de la Unión Europea que resulten de aplicación y en la normativa española de protección de datos de carácter personal, en la que se incluye la contenida en los artículos 236 *bis* a 236 *decies* de la LOPJ, en atención al carácter jurisdiccional de los datos.

IV

125.- La sección segunda del Capítulo II del nuevo Título X del texto proyectado contiene normas relativas a la emisión de OEI con medidas específicas de investigación. El Considerando (24) D/OEI explica esta regulación especial complementaria de la general por razón de la especificidad de la medida de investigación de que se trate.

126.- Los artículos 194 y 195 AL regulan las condiciones de emisión de una OEI para el traslado temporal de personas privadas de libertad, bien a España, bien desde España al Estado de ejecución. Tales medidas, que se regulan en los artículos 22 y 23 de la Directiva –tributarios a su vez de los artículos 9 y 11 del Convenio de asistencia judicial en materia penal de 1959-, no son, en puridad, medidas de investigación, sino medidas para facilitar la ejecución de medidas de investigación propiamente dichas.

127.- La regulación contenida en los preceptos proyectados se ciñe a transponer las disposiciones de la Directiva sobre el particular, en concreto las recogidas en los apartados 5, 6, 8 y 9 del artículo 22. Al respecto, cabe hacer, no obstante, las siguientes consideraciones:

- a) Queda al margen de esta específica regulación el traslado temporal de personas privadas de libertad cuando tenga por objeto su enjuiciamiento. En tales casos, será de aplicación la DM/EODE. Esta previsión no se contiene en el articulado de la D/OEI, pero sí en su Considerando (25), por lo que su implementación en el texto proyectado merece favorable acogida.
- b) El acuerdo entre autoridades sobre las disposiciones prácticas relativas al traslado y sobre las condiciones de privación de libertad, con inclusión de las fechas de salida y regreso, y teniendo en cuenta las condiciones físicas y mentales de la persona de que se trate, así como el nivel de seguridad requerido en España, se erige en presupuesto necesario para la emisión de la OEI, por lo que esta no



debería tener lugar -y paralelamente, debería denegarse su reconocimiento y ejecución- a falta de un acuerdo completo sobre todas las condiciones del traslado, que debería tener su reflejo en la correspondiente resolución suficientemente motivada, a efectos de su eventual control.

- c) Aun cuando no son supuestos habituales en la práctica, debería contemplarse el específico caso en que sean tres, y no dos, los Estados concernidos (el Estado de emisión, el Estado de ejecución –el encargado del traslado- y un tercer Estado en el que deba practicarse la medida de investigación –una entrada y registro en el domicilio del investigado en ese tercer Estado, por ejemplo-).
- d) Convendría dejar claro que esta medida es aplicable tanto a investigados o encausados privados de libertad como a quienes, estando en esa situación, deban intervenir como testigos en el proceso seguido en el Estado de emisión.

128.- El artículo 196 regula las condiciones específicas para la emisión de una OEI que tiene por objeto la comparecencia por videoconferencia del investigado, encausado, de testigos o peritos que se encuentren en el Estado de ejecución, en tanto que el artículo siguiente, el 197, recoge las relativas a la emisión de OEI para la declaración de testigos o peritos por conferencia telefónica. En uno y otro caso, se trasladan, en lo sustancial, los términos del Considerando (26) y de los artículos 24.1 y 4 y 25 de la D/OEI. Debe tenerse en cuenta que, de conformidad con lo que indica el Considerando (26) D/OEI, es preciso que, con objeto de garantizar el recurso proporcionado a una ODE, las autoridades de emisión estudien si la OEI es un medio eficaz y proporcionado para proseguir un procedimiento penal; y, en particular, deben estudiar si la emisión de una OEI para la comparecencia de un investigado o un acusado mediante videoconferencia puede constituir una alternativa eficaz. Esta consideración debe ponerse en relación con el artículo 38 LRM, conforme al cual se autoriza al juez competente, con carácter previo a la emisión de una ODE, solicitar autorización al Estado en que se encuentra la persona reclamada con el fin de tomarle declaración a través de una solicitud de auxilio judicial al amparo del Convenio de asistencia judicial en materia penal de 29 de mayo de 2000. Sería aconsejable, sin embargo, que en el artículo 38 LRM se conectase con los artículos 196 y 197, y contemplase la práctica de la declaración a través de una OEI.

129.- Respecto de la declaración de testigos y peritos por conferencia telefónica cabe puntualizar que el apartado segundo del artículo 197.2 se refiere a la ejecución de la medida, por lo que sistemáticamente, según la estructura normativa elegida por el prelegislador, no es este el lugar



apropiado para recoger este precepto, que, por lo demás, ya se contiene en el apartado sexto del artículo 216 AL, en el que se recogen las específicas disposiciones sobre la ejecución de esta medida, con remisión a las establecidas para la comparecencia por videoconferencia u otros medios de transmisión audiovisual.

130.- En los artículos 198 y 199 se regulan las condiciones específicas para la emisión de una OEI con objeto de obtener información sobre cuentas y operaciones bancarias y financieras. Estas se contienen, por su parte, en los artículos 26 y 27 de la D/OEI en sus dos modalidades, la información sobre la titularidad de cuentas bancarias y financieras, limitada a quienes son objeto del proceso penal, y la información sobre cuentas bancarias y financieras específicas y sobre las operaciones efectuadas en ellas, no limitadas a quienes son investigados o encausados en el proceso penal.

131.- El prelegislador ha transpuesto casi en su literalidad los preceptos de la Directiva referidos a las condiciones de emisión de estas medidas –de singular importancia y especial eficacia en coordinación con la actuación de las Oficinas de Recuperación y Gestión de Activos creadas tras la Decisión 2007/845/JAI del Consejo, de 6 de diciembre de 2007 (DOUE L 332, de 18.12.2007)-, respecto de los cuales no cabe sino precisar que, como indican los apartados cuarto y tercero, respectivamente, de los artículos 26 y 27 D/OEI, dicha información solo se podrá recabar y obtener en la medida en que obre en poder del banco o la entidad financiera correspondiente, lo que convendría se incluyese en los preceptos del AL analizados. Conviene, no obstante, tener en cuenta que el concepto de “*entidad financiera*” debe ser interpretado conforme al concepto autónomo definido en el artículo 3 de la Directiva 2005/60/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo, según se indica en el Considerando (28) de la D/OEI; y que, como precisa el Considerando siguiente (29), los “*datos*” de una cuenta especificada de cuya obtención se trata incluyen al menos el nombre y el domicilio del titular, los pormenores de los poderes de representación otorgados sobre esa cuenta y cualesquiera otros detalles o documentos que haya suministrado el titular en el momento de la apertura de la cuenta y que obren todavía en poder del banco. Estos pormenores deberían quedar incorporados en las normas internas de transposición de la D/OEI.

132.- El artículo 200 AL contiene los requisitos específicos de la emisión de una OEI para la obtención de pruebas en tiempo real, de manera continua y durante un determinado periodo de tiempo, y se limita a establecer que en



tales casos la OEI indicará las razones por las que la autoridad de emisión estima que la información solicitada es pertinente para el proceso en curso, conforme preceptúa el apartado tercero del artículo 28 D/OEI. Este, en su apartado primero, incluye una enumeración ejemplificadora de las medidas que pueden incluirse en esta categoría, como el seguimiento de operaciones bancarias o financieras efectuadas a través de una o más cuentas específicas, o la entrega vigilada en el territorio del Estado de ejecución. El artículo 201, por su parte, se refiere a la emisión de la OEI para realizar investigaciones encubiertas, que aparecen reguladas en el artículo 29 D/OEI, y que en gran medida participan de las características de las medidas de investigación en tiempo real. Respecto de las investigaciones encubiertas, el artículo 201 dispone que *«[C]uando la autoridad competente considere necesario que las autoridades competentes de otro Estado miembro colaboren en la investigación encubierta de una o varias actividades delictivas, a través de agentes que actúen infiltrados o con una identidad falsa, emitirá una orden europea de investigación solicitando dicha colaboración e indicará las razones por las que considera pertinente realizar una investigación encubierta»*. Se incorpora, de este modo, lo dispuesto en los apartados primero y segundo de la D/OEI.

133.- Respecto de la regulación de las condiciones específicas de estas medidas se ha de abundar en la necesidad de que en la norma interna se incorporen las disposiciones relativas a la responsabilidad por los actos de los funcionarios del Estado de emisión que se encuentran en el territorio del Estado de ejecución (artículos 17 y 18 de la Directiva), dejando a salvo el régimen jurídico de los agentes encubiertos, respecto del cual el apartado cuarto del artículo 29 D/OEI prevé de manera específica que quedará sometido a las condiciones convenidas entre los Estados de emisión y de ejecución, ateniéndose a sus respectivos Derechos internos y procedimientos nacionales.

134.- Los artículos 202 y 204 contienen el régimen especial de las OIE que tienen por objeto la intervención de las comunicaciones, bien con asistencia técnica (artículo 202), ya sin ella (artículo 204). El régimen específico de estas medidas se encuentra en los artículos 30 y 31 D/OEI, cuyo Considerando (30) puntualiza que una OEI emitida con el fin de obtener datos históricos de tráfico y de localización de las telecomunicaciones debe tratarse con arreglo al régimen general de ejecución de la OEI. Esta precisión, que sin embargo no tiene su reflejo en el articulado de la Directiva, es relevante a la hora de determinar el ámbito de aplicación de las condiciones específicas de emisión de la OEI previstas en los artículos 202 y 204, por lo que debería incorporarse al texto proyectado.



135.- El artículo 202 transcribe casi en su literalidad los apartados 2, 3, 4, el último inciso del apartado 6, y el apartado 7 del artículo 39 D/OEI. Con arreglo a ellos, regula el contenido de la OEI, incluyendo las razones por las que la intervención es necesaria para los fines del proceso penal (apartado 3 del artículo 202); los supuestos en que la asistencia técnica puede ser prestada por más de un Estado miembro, en cuyo caso la OEI se enviará solo a uno de ellos, dando prioridad a aquel Estado en el que se encuentre o vaya a encontrarse el investigado o encausado (apartado 2); la posibilidad de pedir una transcripción, descodificación o descriptado del registro, tanto al emitir la OEI como durante la práctica de la intervención, previo acuerdo con el estado de ejecución (apartado 4), y la posibilidad de la autoridad de emisión de someter a consulta y ser consultada respecto de la elección de la forma en que se vaya a ejecutar la OEI (apartado 5). En este último punto, sería conveniente añadir que esta podrá consistir en la transmisión inmediata de las telecomunicaciones al Estado de emisión, o la intervención, registro y ulterior transmisión del resultado de la intervención al Estado de emisión (de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30.6 de la D/OEI).

136.- Cuando se trata de la intervención de las telecomunicaciones sin asistencia técnica, en esta fase de emisión de la OEI únicamente deberá considerarse la notificación a la autoridad competente del Estado donde se encuentra la persona objeto de la investigación, que se llevará a cabo en el formulario contenido en el anexo XV del AL, bien antes de la intervención, cuando se tenga conocimiento que la persona investigada se encuentra o se encontrará en el territorio del otro Estado miembro, bien durante la intervención o después de esta, inmediatamente después de tener conocimiento de que esa persona se encuentra, o se ha encontrado durante la intervención, en el territorio del otro Estado miembro (artículo 204.1). Se transpone así, de forma casi literal, el artículo 31.1 D/OEI. La regulación interna se complementa con la previsión de las actuaciones subsiguientes a que el Estado notificado comunique a la autoridad española que, por no estar autorizada la intervención en un caso interno similar, no podrá efectuarse la misma o se pondrá fin a la misma, y si fuera necesario, que no podrá utilizarse el material obtenido, en cuyo caso la autoridad española ordenará su destrucción. Cabe, con todo, que la autoridad del Estado notificado comunique que el material obtenido solo puede ser utilizado *en determinadas condiciones*, a las cuales deberá ajustarse la autoridad de emisión, previsión esta que se contiene en el artículo 31.3 b) de la D/OEI, y que debería incorporarse a la norma interna.



137.- Las condiciones para la emisión de una OEI que tenga por objeto adoptar medidas de aseguramiento de prueba se reseñan en el artículo 203 AL. El precepto proyectado incorpora las disposiciones de los apartados primero, tercero y cuarto del artículo 32 D/OEI, en los siguientes términos, sucintamente enunciados: i) la autoridad de emisión podrá emitir una OEI con la finalidad de impedir de forma cautelar la destrucción, transformación, desplazamiento, transferencia o enajenación de un objeto que pudiera emplearse como medio de prueba; ii) en la OEI se indicará si el medio de prueba habrá de transferirse a España o conservarse en el Estado de ejecución; iii) cuando se solicite que el medio de prueba se conserve en el Estado de ejecución, se indicará la fecha en que habrá de levantarse la medida cautelar instada o la fecha estimada en la que se formulará la solicitud para que la prueba sea trasladada a España; y iv) se notificará inmediatamente a la autoridad de ejecución el levantamiento de las medidas provisionales instadas.

138.- Debería aclararse, sin embargo, si las medidas de aseguramiento comprenden no solo las encaminadas a la obtención de la prueba, sino también las que tienen por finalidad el decomiso ulterior del bien, tal y como parece desprenderse del último inciso del artículo 223 AL. Se dice esto porque el Considerando (34) D/OEI señala que la OEI no solo abarca medidas cautelares encaminadas a la obtención de prueba, sino también las que tiene por objeto el ulterior decomiso del bien. La adecuada convivencia de la OEI y el EPYAP –recuérdese que la D/OEI no deroga íntegramente la DM/EPYAP- conduce a considerar que quedan dentro del ámbito de la OEI aquellas medidas cautelares sobre bienes adoptadas con la finalidad de aseguramiento de la prueba, aunque después dicho bien pueda ser objeto de decomiso; por el contrario, quedarían al margen de ella las medidas cautelares sobre objetos que no tengan valor probatorio, o que no puedan integrar un elemento de prueba en el proceso penal.

V

139.- El Capítulo III del Título X se destina a la ejecución de la OEI, y, siguiendo la estructura propuesta por el prelegislador, se subdivide en dos secciones. La primera de ellas contiene el régimen general de ejecución de las OEI, y la segunda recoge las especialidades aplicables a las OEI con medidas específicas de investigación, como antes se hizo con la regulación de las condiciones de emisión de las OEI relativas a esas medidas específicas de investigación.



140.- Desde un punto de vista de estricta técnica legislativa, parece más correcto denominar a este Capítulo, y a las secciones que lo componen, "*Reconocimiento y ejecución*" de la OEI, "*Régimen general del reconocimiento y ejecución*" de la OEI, y "*Reconocimiento y ejecución*" de OEI con medidas específicas de investigación, respectivamente. Y ello no solo porque es coherente con la denominación del Título I y del Capítulo II de la LRM en donde se contiene el régimen general de la transmisión, el reconocimiento y la ejecución de los instrumentos de reconocimiento mutuo en la UE, sino porque dichos enunciados responden con mayor rigor al contenido del Capítulo y de sus dos secciones.

141.- La sección primera se abre con el artículo 205, que regula los requisitos para el reconocimiento y ejecución en España de una OEI. Su primer apartado quiere ser trasunto del principio general contenido en el artículo 9.1 D/OEI, conforme al cual la autoridad de ejecución deberá reconocer la OEI sin otra formalidad y se asegurará de que se ejecute de la misma manera y bajo las mismas circunstancias que si la medida de investigación hubiese sido ordenada por una autoridad del Estado de ejecución, salvo que se aprecie alguno de los motivos de denegación del reconocimiento o de la ejecución de la OEI o alguno de los motivos de aplazamiento.

142.- La norma proyectada indica que la autoridad española que reciba una OEI dictará auto o decreto de reconocimiento y ejecución de la misma, salvo que concurra alguno de los motivos de denegación o suspensión a que se refieren los artículos 208 y 209. Enfrentada al artículo 9 de la Directiva, se observa que la norma interna es menos precisa y completa que esta última. En primer término, se advierte que, pese a su enunciado, el precepto no detalla requisito alguno a cuyo cumplimiento se subordine el reconocimiento y ejecución, pues en rigor no hay ninguno, sino motivos de suspensión y de denegación del reconocimiento y ejecución, así como motivos de aplazamiento de la ejecución de la OEI, previstos, respectivamente, en los artículos 207, 208 y 209 AL. En realidad tales requisitos se establecen en el apartado primero del artículo 207, al convertir en presupuestos de la ejecución de la OEI los motivos de sustitución de la medida de investigación interesada consistentes en no existir en el derecho interno o no existir –estar prevista– en un caso interno similar (artículo 10.1 D/OEI y 207.3 AL). Pero, en puridad, tales requisitos o presupuestos de la ejecución no son tales, sino motivos para sustituir la medida de investigación requerida en la OEI, que solo no podrá ejecutarse cuando no sea posible la sustitución por otra medida prevista en el Derecho interno o prevista para un caso interno similar. Se da en ese caso un supuesto de



imposibilidad de ejecución de la medida interesada, no de improcedencia o causa de denegación del reconocimiento y ejecución de la OEI.

143.- En segundo término, desdibuja la distinción entre el reconocimiento de la OEI y su ejecución, distinción que no es inane por cuanto no es lo mismo la denegación del reconocimiento de la OEI por concurrir alguna de las causas que la autorizan –lo que supone que la resolución de la autoridad del Estado de emisión que la acuerda no despliega sus efectos en el Estado de ejecución–, que la imposibilidad de la práctica de la OEI, en los supuestos en los que la medida interesada no existe en el derecho interno o no existe para un caso interno similar y no es posible su sustitución por otra, ni, en fin, la denegación de la ejecución solicitada, por ejemplo, con arreglo a las formalidades y procedimientos del Estado de emisión, cuando dichas formalidades y procedimientos contravienen los principios fundamentales del ordenamiento del Estado de ejecución.

144.- Por otra parte, omite la relevante precisión de que la ejecución ha de llevarse a cabo *“de la misma manera y bajo las mismas circunstancias que la medida de investigación de que se trate hubiera sido ordenada por una autoridad del Estado de ejecución”*, esto es, conforme a su Derecho y procedimientos internos; lo que, desde otra perspectiva, se indica también en el artículo 2. d) de la Directiva. Esta precisión ha de venir acompañada de la que se contiene en el artículo 9.2 de la D/OEI –que el prelegislador también omite–, conforme al cual la autoridad de ejecución observará las formalidades y procedimientos expresamente indicados por la autoridad de emisión, salvo que la Directiva dispusiese lo contrario y siempre que tales formalidades y procedimientos no sean contrarios a los principios jurídicos fundamentales del Estado de ejecución.

145.- Y por otra parte, el precepto debería en todo caso completarse, como ya se ha indicado, contemplando los supuestos en los que cabe aplazar la ejecución de la OEI, en los términos previstos en el proyectado artículo 209 AL.

146.- En consecuencia, parece aconsejable la reformulación del primer apartado del artículo 205 atendiendo a las anteriores consideraciones, y ajustándolo al contenido del artículo 9.1 y 2 D/OEI, así como al significado propio de los motivos de sustitución, denegación y aplazamiento de la OEI.

147.- El artículo 205 se cierra con un segundo apartado, que recoge lo dispuesto en el apartado tercero del artículo 9 D/OEI. En él se prevé que cuando la autoridad competente española reciba una OEI que no hubiese



sido emitida por la autoridad de emisión competente, procederá a su devolución. Esta disposición debería completarse previendo el supuesto en el que la OEI se haya emitido por una autoridad distinta del juez, de un órgano jurisdiccional, de un juez de instrucción o de un fiscal competente en el asunto de que se trate, y no contara con la validación de estos. En tales casos, lo procedente sería también la devolución a la autoridad de emisión.

148.- Por otra parte, debería tenerse en cuenta que en los supuestos en que la OEI estuviese emitida por un fiscal del Estado de emisión, con competencia para ello, y contuviera medidas restrictivas de derechos fundamentales, la ejecución de la OEI –con arreglo al Derecho y a los procedimientos internos- habrá de precisar la autorización judicial en los casos en que así lo exija la ordenamiento nacional [cfr. artículo 2 d) D/OEI].

149.- El artículo 207 tiene como título *"Ejecución de las medidas de investigación solicitadas en la orden europea de investigación"*. En rigor, el precepto, después de establecer la regla general de que *«[l]a autoridad competente española llevará a cabo la ejecución de la diligencia de investigación solicitada en todo caso si dicha medida de investigación existiera en Derecho español y estuviera prevista para un caso interno similar»*, regula los supuestos de sustitución de la medida o medidas contenidas en la OEI, en términos similares a como lo hace el artículo 10 D/OEI.

150.- Este primer apartado del artículo 207 no hace sino enunciar, en sentido positivo, como se ha visto, los supuestos que determinarían la imposibilidad de ejecución de la OEI por no existir la medida en el Derecho interno o por no existir la medida para un caso interno similar, y no ser posible su sustitución por otra con el mismo resultado que la interesada (cfr. artículo 10.1 D/OEI y 203.3 AL). Ahora bien, para que este enunciado fuera completo sería preciso dejar a salvo la sustitución de la medida de investigación por otra menos restrictiva de los derechos fundamentales que procurase el mismo resultado que la medida interesada (artículo 10.3 D/OEI y artículo 207.2 AL), así como los supuestos de aplazamiento o suspensión de la ejecución (artículo 15 D/OEI y artículo 209 AL). Por otra parte, en términos de técnica legislativa, resultaría más adecuado sustituir la expresión *"diligencia de investigación"* por la de *"medida de investigación"*.

151.- El artículo, en sus siguientes apartados, recoge la regulación de la sustitución de las medidas de investigación solicitadas en la OEI que se



contiene en el artículo 10 D/OEI, si bien la regulación proyectada debe ser objeto de ciertas consideraciones.

152.- En primer término, la norma proyectada dispone que la autoridad española "*ordenará la ejecución en todo caso*" de aquellas medidas que, en expresión del artículo 10.2 D/OEI, siempre tienen que existir en el Derecho nacional del Estado de ejecución, a saber, a) la obtención de información o de pruebas que obren ya en poder de la autoridad competente española siempre que, de conformidad con el derecho nacional, esa información o esas pruebas hubieran podido obtenerse en el contexto de un procedimiento penal o a los fines de la OEI; b) la obtención de información contenida en bases de datos que obren en poder de las autoridades policiales o judiciales y que sean directamente accesibles en el marco de un procedimiento penal; c) la declaración de un testigo, un perito, una víctima, un investigado o encausado o un tercero en territorio español; d) cualquier medida de investigación no invasiva definida con arreglo al Derecho nacional; y e) la identificación de personas que sean titulares de un número de teléfono o una dirección IP determinados.

153.- Cabe incidir en que la ejecución de este tipo de medidas se ordenará "*en todo caso*", por lo que respecto de ellas no operará, en principio, el control de legalidad y proporcionalidad. Ahora bien, esta afirmación debe tomarse con reservas, pues el control de la proporcionalidad de estas medidas cabe con claridad respecto de la primera (la obtención de información o pruebas ya existentes siempre que, conforme al Derecho interno, pudieran haberse obtenido en el contexto de un procedimiento penal o a los fines de la OEI).

154.- En relación con la consignada en el apartado e) del artículo 207.1 - que, en rigor, no es en sí una medida, sino el resultado de la intervención de las telecomunicaciones para dicha finalidad-, y respecto de la cesión de datos de tráfico, debe tenerse presente la incidencia de la STJUE de 8 de abril de 2014, asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12, Digital Rights Ireland y Seitlinger (ECLI:EU:C:2014:238), que declaró la invalidez de la Directiva 2006/24/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE (DOUE L 105, de 13.4.2006). Dicha Directiva fue transpuesta por la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones. El TJUE consideró que la Directiva



2006/24 no fijaba ningún criterio objetivo que garantizase que las autoridades nacionales competentes únicamente podrían tener acceso a los datos y utilizarlos para prevenir, detectar o reprimir penalmente delitos que pidieran considerarse suficientemente graves para justificar la injerencia, siendo los ordenamientos internos los que han de definir qué se entiende por delito grave. La STJUE declara la invalidez de la Directiva, en consecuencia, por no respetar el principio de proporcionalidad de la medida de injerencia. Este pronunciamiento ha de incidir en la consideración de la medida consignada en el apartado e) del artículo 207.1 AL como no susceptible de sustitución –ni, como se verá más adelante de denegación de su reconocimiento y ejecución por razón de falta de doble tipificación o por estar reservada la medida a una determinada categoría de delitos o que superen un determinado umbral punitivo-. Sin entrar en la espinosa cuestión del alcance de la declaración de invalidez de la Directiva respecto de la ley nacional que la transpone, el pronunciamiento del TJUE habría de conducir a reconsiderar la insustituibilidad de esta medida cuando haya sido adoptada para la investigación de delitos no graves, determinándose la gravedad del delito conforme al derecho nacional.

155.- Pero, además, el control de la proporcionalidad de la medida interesada cabe siempre para sustituirla por otra menos restrictiva de los derechos fundamentales que permita conseguir el resultado perseguido por la OEI (artículo 10.3 D/OEI y artículo 207.2 AL).

156.- La forma empleada por el prelegislador para transponer la D/OEI en este punto genera, por tanto, un cierto grado de confusión, que proviene ya de no haberse ajustado a los términos de los artículos 9.1 y 2 y 10.1 de la Directiva, y de erigir en presupuestos o requisitos para el reconocimiento y ejecución de la OEI lo que no son sino motivos de sustitución de las medidas de investigación interesadas. Por ello, se propone que el prelegislador, al tiempo que reformula el artículo 205, haga lo propio con el artículo 207, enunciando aquel bajo el título “*Reconocimiento y ejecución en España de una orden de investigación europea*”, y este bajo el epígrafe “*Sustitución de las medidas de investigación solicitadas en la orden europea de investigación*”; y, acomodando dicho régimen de sustitución a los dictados del artículo 10 de la Directiva, prever: i) la sustitución de las medidas interesadas cuando estas no existan o no existan para casos internos similares, siempre que no sean medidas de las llamadas privilegiadas (artículo 10.1 y 2 la D/OEI); ii) en todo caso, la posibilidad de la sustitución de las medidas interesadas por otras menos restrictivas de derechos fundamentales que permitan conseguir el mismo resultado; iii) previamente a la decisión de sustitución, la información a la autoridad de



emisión a fin de que esta decida retirar o completar la OEI (artículo 10.4 D/OEI); y si esta no comunicase su decisión en uno u otro sentido en el plazo considerado, llevar a cabo la ejecución de la medida alternativa (tal y como se contempla en el apartado cuarto del artículo 207 proyectado); y iv) la comunicación a la autoridad de emisión de la imposibilidad de proporcionar la asistencia requerida cuando la medida de investigación indicada en la OEI no exista en el Derecho nacional o no exista para un caso interno similar, y no pudiera ser sustituida por otra medida de investigación que permitiera obtener el mismo resultado que la medida solicitada.

157.- El artículo 208, que se intitula "*Denegación del reconocimiento y ejecución de la orden europea de investigación*" regula los motivos de denegación de la OEI en análogos términos a los del artículo 11 D/OEI, si bien contando con el apoyo que le proporcionan los artículos 32.1 y 20.1 de la LRM, el primero de los cuales recoge los motivos generales para la denegación del reconocimiento y ejecución de las medidas solicitadas en los instrumentos de reconocimiento mutuo, y el segundo las categorías de delitos respecto de los cuales no se predica el control de la doble tipificación.

158.- Cumple señalar, ante todo, que la denegación del reconocimiento y la ejecución se contemplan respecto de la OEI, y no respecto de las medidas de investigación solicitadas en ella, siendo posible considerar que, siendo varias las solicitadas, los motivos de denegación puedan darse respecto de unas y no respecto de otras. Sería conveniente que el prelegislador contemplara la eventual concurrencia de varias medidas de investigación solicitadas en la OEI y la posibilidad de una denegación parcial del reconocimiento y ejecución de la OEI.

159.- El apartado primero del artículo 208 se remite, en primer término, a los motivos de denegación de los instrumentos de reconocimiento mutuo que, con carácter general, se contienen en el artículo 32.1 LRM. Estos son:

- a) Cuando se haya dictado en España o en otro Estado distinto al de emisión una resolución firme, condenatoria o absolutoria, contra la misma persona y respecto de los mismos hechos, y su ejecución vulnerase el principio *non bis in ídem*, en los términos previstos en las leyes y en los convenios y tratados internacionales en que España sea parte y aun cuando el condenado hubiera sido posteriormente indultado.
- b) Cuando la orden o resolución se refiera a hechos para cuyo enjuiciamiento sean competentes las autoridades españolas y, de



haberse dictado la condena por un órgano jurisdiccional español, la sanción impuesta hubiese prescrito de conformidad con el Derecho español.

- c) Cuando el formulario o el certificado que ha de acompañar a la solicitud de adopción de las medidas esté incompleto o sea manifiestamente incorrecto o no responda a la medida, o cuando falte el certificado, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 19 (referido a la subsanación del certificado).
- d) Cuando exista una inmunidad que impida la ejecución de la resolución.

160.- De estos motivos de denegación, solo los relativos al *ne bis in ídem* y a la inmunidad –y este no enteramente- coinciden con los enumerados en el artículo 11.1 a) y d) D/OEI. El motivo basado en la competencia de los tribunales españoles y a la prescripción de la pena es un motivo general de denegación del reconocimiento de los instrumentos de reconocimiento mutuo que se yuxtapone sin dificultad a los previstos en la Directiva. Y el referido a los defectos de forma debe ponerse en relación con las facultades de subsanación que se derivan de los artículos 19 y 30 de la LRM.

161.- El listado de los motivos que específicamente contiene el artículo 208.1 recoge los de los apartados b) -lesión de intereses esenciales de seguridad nacional, comprometer la fuente de información o utilización de información clasificada relacionada con determinadas actividades de inteligencia-, e) –causa de extraterritorialidad-, f) –motivos fundados para creer que la ejecución de la medida es incompatible con las obligaciones derivadas del artículo 6TUE y la Carta-, g) –regla de doble incriminación y sus excepciones- y h) –medidas limitadas a determinadas categorías de delito o a un umbral de pena-.

162.- Se advierte la ausencia del motivo reseñado en la letra c) del artículo 11.1 D/OEI, a saber, cuando la OEI haya sido emitida para los procedimientos contemplados en el artículo 4 letras b) y c) –es decir, por infracciones de disposiciones legales- y la medida de investigación no estuviese autorizada, con arreglo al Derecho del Estado de ejecución, para un caso interno similar. La omisión de este motivo obedece, con toda seguridad, al modo en que el prelegislador ha redactado el artículo 207.1, que, como se ha visto, incorpora implícitamente el motivo de denegación consistente en la inexistencia de la medida en el Derecho nacional o la inexistencia para un caso interno similar. Convendría, dada la reformulación de este artículo que se propone, que se incluyese en el artículo 208.1 la causa de desestimación prevista en el apartado c) del artículo 11.1 D/OEI.



163.- La D/OEI alude en su Considerando (17) al principio *non bis in ídem*, principio fundamental del derecho de la Unión, como reconoce la Carta y desarrolla la jurisprudencia del TJUE. La autoridad de ejecución debe estar autorizada a denegar la ejecución de la OIE cuando sea contraria a dicho principio. Sin embargo, dado el carácter preliminar de los procedimientos subyacentes a la OEI, su ejecución no debe ser rechazada cuando vaya dirigida a establecer la existencia de un posible conflicto con el principio *ne bis in ídem* o cuando la autoridad de emisión haya dado garantías de que la prueba transferida como resultado de la ejecución de la OEI no se utilizará para enjuiciar o imponer una sanción a una persona cuyo caso haya sido objeto de una resolución final en otro Estado miembro por los mismos hechos.

164.- De dicho Considerando se desprende que el principio *ne bis in ídem* – que aparece recogido en diversos instrumentos internacionales con diferente alcance- debe ser interpretado conforme a la Carta y la jurisprudencia del TJUE. El artículo 50 de la Carta, consagrando el derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción, dispone que «[N]adie podrá ser juzgado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley». Incluye, por tanto, tanto la vertiente material –derecho a no ser condenado penalmente- como procesal –derecho a no ser juzgado penalmente-.

165.- Fuera de la consagración de dicho derecho, no existe en el Derecho de la Unión un concepto uniforme que defina el principio *ne bis in ídem*. La jurisprudencia del Tribunal europeo respecto del mismo se ha ido elaborando con referencia a la concepción del principio en los diversos instrumentos del Derecho europeo que lo recogen, principalmente del Convenio de asistencia judicial en materia penal de 1990 (artículos 54 a 58). De esta forma, ha precisado que la noción “*mismos hechos*” responde a un concepto autónomo en el Derecho de la Unión (STJUE 16 de noviembre de 2010, asunto C 261/09, Gaetano Mantello, ECLI:EU:C:2010:683); que para determinar si se está ante los mismos hechos se ha de atender a los hechos materiales entendidos como un conjunto de hechos indisolublemente unidos, con independencia de su calificación jurídica (STJUE de 9 de marzo de 2006, asunto C-436/2004, Van Esbroek, ECLI:EU:C:2004:165); que también opera el principio cuando ha recaído una resolución que extingue la acción penal, no solo cuando se dicta sentencia firme (STJUE de 11 de febrero de 2003, asuntos acumulados C-187/01 y C-385/01, Gözütok y Brügge, ECLI:EU:C:2003:87); que, sin embargo, no genera *bis in ídem* la decisión del Ministerio Fiscal de no



ejercitar la acción penal por existencia de otro proceso (STJUE 10 de marzo de 2005, asunto C-469/03, Miraglia, ECLI:EU:C:2005:156), ni tampoco las resoluciones de archivo anteriores a la inculpación, cuando dicha resolución no extingue definitivamente la acción penal (STJUE de 22 de diciembre de 2008, asunto C-491/07, Turansky, ECLI:EU:C:2008:768); que comprende también las sentencias absolutorias por falta de pruebas y las absolutorias por prescripción del delito (SSTJUE de 28 de septiembre de 2006, asunto C-150/05, Van Straaten, ECLI:EU:C:2005:614, y de 28 de septiembre de 2006, asunto C-467/04, Gasparini, ECLI:EU:C:2006:610, respectivamente); que comprende los casos en que se ha ejecutado la pena, considerando que se está ejecutando, o se ha ejecutado, cuando se trata de pena no privativa de libertad y se ha suspendido su ejecución, pero no cuando se ha estado en prisión provisional, aunque el tiempo de privación de libertad se compute a efectos de la ejecución de la pena (STJUE de 18 de julio de 2007, asunto C-288/2005, Kretzinger, ECLI:EU:C:2005:441); y también hay *bis in ídem* cuando la pena no ha podido ejecutarse por razones procesales y aunque la sentencia haya sido dictada en rebeldía (STJUE de 11 de diciembre de 2008, asunto C-297/2007, Bourquain, ECLI:EU:C:2007:708).

166.- El artículo 208.1 se remite, en cuanto al *ne bis in ídem*, al artículo 32.1 a) de la LRM, como ya hiciera el actual artículo 198.1 LRM. Sería aconsejable que, al articular esta causa de denegación, al menos respecto de la OEI, se hiciera vinculando su definición a su conceptualización, no solo en las leyes, convenios y tratados internacionales en que España sea parte, sino específicamente a su regulación en la Carta y a la caracterización que se deriva de la jurisprudencia del TJUE, teniendo presente que:

- i) El concepto *bis in ídem*, como integrante de la causa de denegación del reconocimiento y ejecución de la OEI, no comprende la litispendencia, que en la D/OEI se considera como causa de aplazamiento de la ejecución (cfr. artículo 16.1 b), y
- ii) No debe operar cuando la autoridad de emisión haya dado garantías de que la prueba transferida como resultado de la ejecución de la OEI no se utilizará para enjuiciar o imponer una sanción a una persona cuyo caso haya sido objeto de una resolución final por los mismos hechos, o cuando vaya dirigida a establecer la existencia de un posible conflicto con el principio *ne bis in ídem*, a cuyos efectos la autoridad de ejecución española deberá recabar de aquella tales garantías [Considerando (17) D/OEI].



167.- El motivo consistente en la inmunidad, que se contiene en el artículo 32.1 c) LRM, debe ser completado con el levantamiento de la inmunidad regulado en el artículo 31 de la misma Ley. Debe retenerse que, como precisa el Considerando (20) de la D/OEI, no es un concepto autónomo y común en la Unión Europea, sino que debe ser definido por cada Derecho nacional, con el límite de que no puede interpretarse en el sentido de que se oponga a la obligación de suprimir determinados motivos de denegación establecidos en el Protocolo del Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados de la Unión (DO C 326, de 21.11.2001).

168.-El motivo relativo a la existencia de motivos fundados sobre la incompatibilidad de la medida de investigación con las obligaciones derivadas del artículo 6 TUE y de la Carta parte del presupuesto de que se presume, con presunción "iuris tantum", que la medida no supondrá infracción de derechos fundamentales, tal y como se infiere de los Considerandos (18) y (19) de la D/OEI. Debe recordarse que, conforme la jurisprudencia del TJUE que se deriva del asunto Melloni (cit.), en materias armonizadas el nivel de protección de los derechos fundamentales es el que se deriva de la Carta y de la jurisprudencia del TJUE, y no del ordenamiento constitucional interno.

169.- La denegación por causa de ausencia de doble incriminación, por su parte, presenta dos excepciones, que se imponen desde el artículo 11.1 g) D/OEI: que la conducta que dio lugar a la emisión de la OEI no esté recogida en la categoría de delitos que figuran en el artículo 20.1 de la LRM, siempre que la pena o medida de seguridad prevista en el Estado de emisión para dicho delito sea de al menos tres años (artículo 208.1 d); y que no se trate de alguna de la medidas de investigación "privilegiadas" consignadas en el artículo 207.1 AL. La enumeración de delitos que se recoge en el artículo 20.1 de la LRM coincide –en la denominación que reciben en el derecho interno– con el listado contenido en el Anexo D de la D/OEI, con la única excepción de los delitos de violación de derechos de propiedad intelectual o industrial, que no se recogen en ésta, lo que debe ser tenido en cuenta por el prelegislador.

170.- El motivo consistente en que la medida esté limitada a una categoría de delitos o a un umbral punitivo –que no se aplicará cuando se trata de medidas privilegiadas (artículo 208.2 AL, en relación con el artículo 11.2 D/OEI)– puede dar lugar a un solapamiento con el supuesto de sustitución de la medida del artículo 207.3 AL consistente en que la medida interesada no exista en un caso interno similar, aunque no siempre se producirá esta coincidencia. Debería preverse esta posibilidad de coincidencia, y dejar claro



que la denegación del reconocimiento y ejecución de la OEI por este motivo procederá cuando no sea posible la sustitución de la medida interesada.

171.- Por otra parte, este motivo de denegación se vuelve a establecer expresamente para determinadas medidas específicas –obtención de información bancaria y financiera (artículo 217, segundo párrafo, y 218, in fine), medidas de investigación en tiempo real (artículo 219.1), investigaciones encubiertas (artículo 220.1 a), e intervención de telecomunicaciones (artículo 221.1)-, respecto de las que se indica que, además de los motivos de denegación previstos en los artículos 32.1 y 208, será motivo de denegación que la medida no se autorice en un caso interno similar, en línea con lo que la D/OEI faculta para estas específicas medidas de investigación.

172.- El artículo 209 contempla los supuestos de suspensión del reconocimiento y ejecución de la OEI, trasladando a la norma interna los motivos de aplazamiento del reconocimiento o la ejecución que se establecen en el artículo 15 D/OEI.

173.- El artículo 210 establece el procedimiento para el reconocimiento y la ejecución de la OEI, recogiendo la regulación del artículo 12 D/OEI respecto de los plazos para la resolución sobre el reconocimiento y para la ejecución de la OEI, incluyendo los supuestos de prórroga y la consulta a la autoridad de emisión en los casos en que no pueda llevarse a cabo la ejecución dentro del plazo previsto a tal efecto.

174.- Por su parte, el artículo 211 reproduce casi en su literalidad el artículo 13 D/OEI, relativo al traslado de las pruebas obtenidas, y lo propio hace el artículo 212, que recoge los términos del artículo 16 D/OEI sobre la obligación de información de la autoridad de ejecución.

175.- El artículo 213.1 incorpora las obligaciones en punto a garantizar la confidencialidad de los hechos y el fondo de la OEI que se contienen en el artículo 19.1 y 2 D/OEI. El apartado segundo del artículo 213 se refiere, como ya se ha visto, a las obligaciones que pesan sobre la autoridad española como autoridad de emisión en orden a no desvelar información alguna facilitada por la autoridad de ejecución para ser utilizada en el procedimiento español, excepto en la medida en que su revelación sea necesaria para las investigaciones o procedimientos descritos en la OEI. La ubicación sistemática del precepto no es, por tanto, la adecuada, debiendo trasladarse al Capítulo I del texto proyectado.



176.- Para finalizar este apartado, debe incidirse en la necesidad de que el artículo 24 LRM, que establece el régimen general de recursos contra las decisiones sobre reconocimiento y ejecución de los instrumentos de reconocimiento mutuo, se complemente con las disposiciones de los apartados segundo y tercero del artículo 14 D/OEI, en concreto con la salvaguarda de las garantías de los derechos fundamentales en el foro, cuando se reserva la impugnación de la OEI por motivos de fondo a la autoridad de emisión, y con la información sobre las vías de recursos aplicables, los plazos de interposición y autoridades competentes ante las que han de interponerse.

VI

177.- La sección segunda del Capítulo II contiene las disposiciones relativas a la ejecución de las OEI específicas, y se abre con el artículo 214 relativo a la ejecución de una OEI para el traslado temporal al Estado de emisión de personas privadas de libertad en España.

178.- El precepto se limita a incorporar las disposiciones del artículo 22 D/OEI referidas a los motivos específicos de denegación (la falta de consentimiento de la persona privada de libertad y la prolongación de la privación de libertad), a la necesidad de acuerdo sobre las disposiciones prácticas para el traslado y las condiciones de privación de libertad, y fechas de salida y regreso, así como a la deducción del periodo máximo de prisión el de privación de libertad en el territorio del Estado de emisión.

179.- El artículo 215, por su parte, se refiere al caso contrario, el traslado temporal a España de personas privadas de libertad en el Estado de emisión, y es fiel trasunto del artículo 23 D/OEI, incluyendo el motivo específico de denegación consistente en la falta de consentimiento de la persona privada de libertad, remitiéndose, por lo demás, al artículo anterior.

180.- El artículo 216 versa sobre la ejecución de OEI cuyo objeto es la comparecencia por video conferencia u otros medios de transmisión audiovisual y la declaración de testigos o peritos por conferencia telefónica. Reproduce el apartado primero los motivos de denegación específicos contenidos en el artículo 24.2 D/OEI, a saber, que el investigado o el acusado, cuando la diligencia se entiende con ellos, no preste su



consentimiento, y que la ejecución de la medida sea contraria a los principios fundamentales del Derecho español.

181.- La ejecución de esta medida ha de ponerse en relación con los artículos 229.3 LOP y 325 y 731 *bis* LECrim, que autorizan al juez o tribunal, de oficio o a instancia de parte, a acudir a estos sistemas de comunicación –videoconferencias u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y sonido, así como la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas distantes geográficamente-, asegurando debidamente la contradicción y los derechos de defensa, cuando así lo aconsejen razones de utilidad, seguridad u orden público, y cuando la comparecencia personal resulte particularmente gravosa o perjudicial.

182.- En su contraste con los principios fundamentales del ordenamiento patrio, la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, si bien ha reconocido que el empleo de estos sistemas técnicos garantiza los principios de oralidad, inmediación y contradicción, ha destacado la subsidiaria excepcionalidad con que se establece su uso, en línea con lo declarado por el Tribunal Constitucional, que ha incidido en que cualquier modo de practicarse las pruebas personales que no consista en la coincidencia material, en el tiempo y en el espacio, de quien declara y quien juzga, no es una forma alternativa de realización de las mismas sobre cuya elección pueda decidir libremente el órgano jurisdiccional, sino un modo subsidiario de practicar la prueba, cuya procedencia viene supeditada a la concurrencia de causa justificada. Y en la misma línea se encuentra también la jurisprudencia del TEDH, que ha admitido el uso de la videoconferencia condicionado a que se persigan fines legítimos, tales como la defensa del orden público, la prevención del delito, la protección de los derechos a la vida, a la libertad y a la seguridad de los testigos y las víctimas de los delitos, así como el respeto de la exigencia de plazo razonable y el respeto del derecho de defensa (cfr. STS de 17 de marzo de 2015, ECLI:ES:TS:2015:812, con cita de la D/OEI y de sentencias anteriores, así como de la STC 120/2009, de 18 de mayo de 2009, y las SSTEDH de 5 de octubre de 2206, caso Marcello Viola c. Italia, y de 27 de noviembre de 2007, caso Zagaria c. Italia).

183.- Adviértase que el prelegislador ha prescindido del uso potestativo de las específicas causas de denegación de la OEI para la práctica de esta medida –como por lo general hace con los motivos de denegación- para imponer la denegación cuando concurren tales motivos (“la autoridad española competente *denegará...*”), lo que refuerza la excepcionalidad de la



medida contrastada con los principios jurídicos fundamentales del ordenamiento interno.

184.- Por lo demás, el precepto examinado transcribe las condiciones para la ejecución de la medida reseñadas en el artículo 24.3, 4, 5, 6 y 7 D/OEI, a partir del acuerdo entre las autoridades de emisión y de ejecución sobre las disposiciones prácticas de la ejecución, recogiendo las previsiones sobre las actuaciones previas a la comparecencia, la forma de llevarse a cabo la misma y las consecuencias de la negativa a testificar, cuando haya obligación de hacerlo, conforme a las disposiciones del Derecho interno.

185.- La ejecución de las OEI con objeto de obtener información sobre cuentas y operaciones bancarias y financieras se regula en los artículos 217 y 218, incorporando aquellas disposiciones relativas a la ejecución de estas medidas contenidas en los artículos 26 y 27 D/OEI, particularmente las referidas a la disponibilidad de la información. Se incorpora también en el último apartado del artículo 217 la obligación impuesta en el artículo 19.4 D/OEI con objeto de garantizar que los bancos o entidades financieras no revelen al cliente bancario interesado ni a otros terceros el hecho de que se ha transmitido información al Estado de emisión o de que se está llevando a cabo una investigación, pudiendo utilizar a estos efectos la información obrante en el Fichero de Titularidades Financieras creado por Orden ECC/2503/2014, de 29 de diciembre, siempre que se trate de investigaciones de delitos de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo, en los términos previstos en el artículo 43.1 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo.

186.- El artículo 219.2, por su parte, transpone la regla de competencia para actuar, dirigir y controlar las operaciones relacionadas con una OEI que tenga por objeto la obtención de pruebas en tiempo real, de manera continua y durante un determinado periodo de tiempo que se contiene en el apartado cuarto del artículo 28 D/OEI, en tanto que el artículo 220.1 reseña los específicos motivos de denegación de la OIE cuyo objeto es la realización de operaciones encubiertas previstas en el artículo 29.3 D/OEI (falta de autorización en casos internos similares, y falta de acuerdo entre las autoridades sobre las disposiciones relativas a las investigaciones). El apartado segundo del artículo 220 incorpora la regla de competencia legislativa contenida en el artículo 29.4 D/OEI, sometiendo al Derecho español la ejecución de la medida, dejando a salvo las condiciones concretas de su realización y el régimen jurídico de los agentes intervinientes, que serán acordadas con la autoridad de emisión.



Convendría añadir que tal acuerdo deberá alcanzarse ateniéndose a los respectivos Derechos internos y procedimientos nacionales, y que la competencia de la autoridad española se extenderá a la dirección y control de las operaciones.

187.- La regulación de las condiciones específicas de la intervención de las telecomunicaciones con asistencia técnica se contiene en el artículo 221, recogiendo las distintas modalidades de ejecución previstas en el artículo 30.6 D/OEI y la necesidad de acuerdo con la autoridad de emisión para determinar la forma en que se ha de llevar a cabo la medida.

188.- La notificación a España de la intervención de telecomunicaciones con interceptación de la dirección de comunicaciones de una persona investigada o encausada que se encuentre en España y cuya asistencia técnica no sea necesaria se regula en el artículo siguiente, el 222, y contempla la comunicación de la autoridad española a la del Estado que haya notificado la intervención de que, por no estar autorizada en un caso interno similar, no podrá efectuarse o se pondrá fin a la intervención, y, en su caso, de que no podrá utilizarse el posible material ya intervenido mientras la persona objeto de la intervención se encontraba en España, o que solo se podrá utilizar en las condiciones que se especifiquen, informándose a la autoridad del Estado que realiza la intervención los motivos de tales condiciones, en línea con lo previsto en el artículo 31.3 D/OEI.

189.- El articulado de este Capítulo III del nuevo Título X se cierra con el artículo 223, relativo a la ejecución en España de una OEI para adoptar medidas de aseguramiento de pruebas o diligencias de investigación en relación con los medios de prueba, que incorpora las previsiones contenidas en los apartados segundo y cuarto del artículo 32 D/OEI sobre el plazo para adoptar la decisión sobre la medida cautelar y su comunicación a la autoridad de emisión y sobre la posibilidad de imponer condiciones adecuadas a las circunstancias del caso para limitar la duración del plazo de aplicación de las medidas, de conformidad con el ordenamiento nacional.

VII

190.- La proyectada regulación de la OEI incluye una Disposición transitoria única y una Disposición derogatoria única, además de una Disposición



adicional relativa a la protección de datos de carácter personal, a la que ya se ha hecho referencia con anterioridad.

191.- El régimen transitorio se resume en la aplicación de la nueva regulación de la OEI a las resoluciones de solicitud de OEI que se transmitan por las autoridades españolas y a las resoluciones que se reciban por ellas con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley proyectada, con independencia de que dichas resoluciones hubieran sido dictadas con anterioridad o que se refieran a hechos anteriores a la misma. Por tanto, las resoluciones que se transmitan o que se reciban con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley se tramitarán hasta su conclusión conforme a las normas vigentes a aquel momento.

192.- La fijación del momento de aplicación de la nueva regulación en la transmisión por las autoridades españolas de la resolución por la que se acuerde la práctica de una medida de investigación, con independencia de que dicha resolución hubiese sido dictada con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley proyectada, aunque supone anticipar la aplicación de la Ley, presenta sin embargo la dificultad de acomodar la solicitud a las previsiones y al formulario XIII anexo a la nueva regulación de la OEI. Resulta más adecuado, por tanto, aplicar el nuevo régimen a las resoluciones que se adoptan tras la entrada en vigor de la OEI, y no desde que se transmite la solicitud a la autoridad de ejecución.

B) Modificaciones en la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (LRM).

193.- El apartado primero del artículo único del Anteproyecto introduce un ajuste de carácter técnico en el apartado segundo de artículo 2 de la LRM, que describe el elenco de instrumentos de reconocimiento mutuo regulados en la Ley, incorporando un apartado i) para incluir entre los mismos a la OEI, modificación que se reproduce en el apartado segundo del artículo único del AL, cuando enmienda el párrafo segundo del apartado primero del artículo 7 de la LRM, relativo a la emisión y documentación de órdenes y resoluciones para su ejecución al amparo del principio de reconocimiento mutuo, para insertar a la OEI entre los supuestos que se documentarán exclusivamente a través del formulario correspondiente.

194.- El apartado tercero del artículo único del Anteproyecto modifica el artículo 12 de la LRM, relativo al tránsito por otro Estado miembro del



reclamado por la autoridad judicial española, añadiendo la OEI a los supuestos hasta ahora allí contemplados, esto es, una orden europea de detención y entrega o una resolución por la que se imponen penas o medidas privativas de libertad.

195.- El apartado cuarto del artículo único del Anteproyecto incorpora tres modificaciones al artículo 14 de la LRM, que trata sobre los gastos ocasionados por la ejecución de una orden o resolución de reconocimiento mutuo transmitida a otro Estado miembro.

196.- La primera de ellas amplía en el párrafo segundo el elenco de resoluciones mencionadas añadiendo a la de decomiso la OEI.

197.- La segunda reemplaza la referencia que actualmente se realiza en el mismo al órgano emisor en España de una resolución judicial de decomiso, esto es, "Juez o Tribunal español", por la de "autoridad competente española", cabiendo atribuir la decisión del prelegislador a que con dicha expresión se abarcaría a los Fiscales, a quienes el artículo 187 del Anteproyecto incluye junto a Jueces y Tribunales en el ámbito de las autoridades competentes en España para emitir una OEI.

198.- La tercera modificación consiste en la incorporación de dos párrafos, el segundo de ellos dividido en dos subapartados, regulándose en el primero de ellos las consecuencias de que, en ejecución de una OEI emitida por la autoridad competente española, se recibiera comunicación del Estado de ejecución proponiendo un reparto de los gastos ocasionados y no se llegase a un acuerdo por el Ministerio de Justicia al respecto. En tal caso, establece el AL que la autoridad española de emisión decidirá si retira total o parcialmente la OEI, en consonancia con lo previsto en el apartado 3.a) del artículo 21 de la D/OEI, sin que conste a continuación recogido el supuesto previsto en el apartado b) de dicho precepto, esto es, la posibilidad de que la autoridad de emisión decida que se mantenga la OEI y se sufrague la parte de los costes que se considera excepcionalmente elevada.

199.- Finalmente, en el segundo subapartado el prelegislador incorpora las previsiones de los artículos 22.10, 23.3 y 30.8 de la Directiva 2014/41/CE, relativa a los supuestos en los que la emisión de una OEI por la autoridad española implique el traslado temporal de detenidos en España, o bien al Estado de emisión, con el fin de llevar a cabo una medida de investigación, o de intervención de telecomunicaciones en lo atinente a los gastos derivados de la transcripción, la descodificación y el descryptado de las



comunicaciones intervenidas, de cuyo contenido en el Anteproyecto cabe inferir la obligación del Estado español de financiar los mismos con independencia del coste.

200.- En consecuencia, como se ha indicado, el Anteproyecto no parece contemplar la opción del artículo 21.3.b) de la D/OEI, esto es, de que la autoridad de emisión mantenga en cualquier caso la OEI, sufragando España la parte de los costes que se considere excepcionalmente elevada por la autoridad de ejecución, por lo que hipotéticamente se podrían plantear supuestos en los que el objeto de la OEI fuese de gran relevancia o determinante para el adecuado funcionamiento de la Administración de Justicia y para el proceso seguido en el foro, y no se pudiese cumplimentar por razones económicas, así como de afectación de los derechos a la defensa, a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa y a la tutela judicial efectiva o de transposición incompleta de la D/OEI.

201.- En el marco del capítulo relativo al reconocimiento y ejecución por las autoridades judiciales españolas de instrumentos de reconocimiento mutuo, el apartado quinto del artículo único del AL añade un apartado tercero al artículo 25, que establece como regla general en el apartado primero la asunción por España de los gastos ocasionados en territorio español por la ejecución de un instrumento de reconocimiento mutuo, incorporando un supuesto particular de posible concurrencia durante la ejecución en España de una OEI. Concretamente, el primer párrafo del precepto proyectado estipula que *en ejecución de la orden europea de investigación, si la autoridad competente española estima que los costes de ejecución serían excepcionalmente elevados, pondrá de manifiesto esta circunstancia, dirigiendo comunicación al Ministerio de Justicia español, a fin de que éste, si así lo considera conveniente, realice propuesta al Estado de emisión sobre un posible reparto de los gastos ocasionados, o bien, la modificación de la orden europea de investigación en su caso, con el objeto de que no cubra dichos gastos el Estado español sino el Estado de emisión*, en concordancia con lo dispuesto en los apartados segundo y tercero del artículo 21 de la D/OEI.

202.- Seguidamente, señala el Anteproyecto que sin perjuicio de lo anterior: *a) Si la emisión de una orden europea de investigación por la autoridad competente de otro estado miembro implica el traslado temporal de detenidos a España, o bien, al Estado de emisión, con el fin llevar a cabo una medida de investigación, el Estado de emisión financiará los gastos derivados del traslado y su retorno. b) Si la emisión de una orden europea de investigación por la autoridad competente de otro estado miembro*



implica la intervención de telecomunicaciones, el Estado de emisión financiará los gastos derivados de la transcripción, la descodificación y el descryptado de las comunicaciones intervenidas, cuyo contenido se corresponde con los artículos 22.10, 23.3 y 30.8 de la Directiva 2014/41/CE.

203.- El apartado sexto del artículo único del Anteproyecto introduce una modificación de naturaleza técnica en el artículo 27.1 de la LRM al incorporar la OEI al elenco de supuestos en los que el Ministerio de Justicia será competente para autorizar el tránsito por territorio español de una persona que esté siendo trasladada desde el Estado de ejecución de una OEI.

204.- El apartado séptimo del artículo único del Anteproyecto incluye un apartado cuarto al artículo 39 de la LRM, que regula los requisitos para la emisión en España de una orden europea de detención y entrega (OED), estableciendo que *se garantizará la asistencia jurídica gratuita, en los términos que legalmente proceda conforme al Derecho español, cuando la persona reclamada ejercite su derecho a designar un abogado en España para asistir al abogado en el Estado de ejecución.* De tal forma se incorpora el contenido del artículo 5.2 de la Directiva (UE) 2016/1919, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2016, relativa a la asistencia jurídica gratuita a los sospechosos y acusados en los procesos penales y a las personas buscadas en virtud de un procedimiento de orden europea de detención, así como del artículo 10.4 y 5 de la Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad, y del artículo 11 de esta última Directiva.

205.- A su vez, el apartado octavo del artículo único del AL, por una parte, añade al apartado primero del artículo 50 de la LRM, que versa sobre la detención y puesta a disposición de la autoridad judicial de una persona afectada por una OED, una referencia a la legislación en materia de responsabilidad penal de los menores, amén de la existente a la LECrim, respecto a la forma, requisitos y garantías de la práctica de su ejecución cuando se trate de menores, especificación que ha de ser positivamente valorada. Por otra, incorpora al apartado tercero el *derecho a designar a un abogado en el Estado emisor de la orden cuya función consistirá en prestar asistencia al abogado en España facilitándole información y asesoramiento.*



De tal manera se incluye asimismo la disposición prevista en el artículo 10.4 de la Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad, concretamente cuando establece en su apartado primero que los Estados miembros se asegurarán de que toda persona reclamada *tenga derecho a la asistencia de letrado en el Estado miembro de ejecución tan pronto como se produzca su detención* en virtud de una orden de detención europea, mientras que el apartado cuarto estipula que *la autoridad competente del Estado miembro de ejecución* informará a la persona reclamada, *sin demora injustificada tras su privación de libertad*, de que tiene derecho a designar a un letrado en el Estado miembro emisor.

206.- El apartado octavo del artículo único del Anteproyecto incorpora asimismo un apartado cuarto al artículo 50 de la LRM en el que se indica que *la persona detenida será informada por escrito de manera clara y suficiente, y en un lenguaje sencillo y comprensible, de su derecho a la renuncia al abogado en el Estado de emisión, sobre el contenido de dicho derecho y sus consecuencias, así como de la posibilidad de su revocación posterior. Dicha renuncia debe ser voluntaria e inequívoca, por escrito, y haciendo constar las circunstancias de la misma. La renuncia al abogado en el Estado de emisión podrá revocarse posteriormente en cualquier momento del proceso penal y surtirá efectos desde el momento en que se efectúe.* Esta disposición se ajusta al contenido del artículo 9 de la Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad. No obstante, debe sustituirse el término “detenida” por el de “privada de libertad”, para no limitar la previsión normativa a la estricta situación personal de la detención, y para extenderla a toda situación de privación de libertad, de forma coherente con los términos empleados en los artículos 194 y 195 del AL y en la Directiva 2013/48/UE.

207.- El apartado noveno del artículo único del AL introduce una modificación en la redacción del artículo 90 de la LRM que, englobado en el marco del capítulo relativo a la ejecución de una resolución por la que se impone una pena o medida privativa de libertad, trata sobre la devolución a



la autoridad de emisión de la resolución por la que se impone una pena o medida privativa de libertad, concretamente en lo que se refiere al incidente que pudiera darse durante la ejecución de la resolución por la que se impone una pena o medida privativa de libertad, consistente en la fuga del condenado, supuesto en el que el Juez Central de Vigilancia Penitenciaria lo pondrá en conocimiento, sin dilación, del Juez Central de lo Penal. Concretamente, la enmienda consiste en modificar la expresión “*además de comunicar*” por “*comunique*”, en concordancia con la rectificación posterior en lo que se refiere a la atribución que en la actualidad se otorga al Juez Central de lo Penal para que investigue las responsabilidades penales en que hubiera podido incurrir el condenado, estipulando el AL que el Juez Central de lo Penal “*deduzca testimonio*” para la investigación de dichas responsabilidades, reajustando así adecuadamente las competencias que corresponden a cada órgano judicial.

208.- El apartado décimo del artículo único del AL incorpora, en el ámbito del capítulo relativo a la ejecución de una resolución sobre medidas alternativas a la prisión provisional, una modificación en el apartado cuarto del artículo 127, que trata sobre las obligaciones del Juez de Instrucción o de Violencia sobre la Mujer durante la supervisión de las medidas de vigilancia en ejecución de una resolución dimanante de la autoridad competente del Estado de emisión. Dicha reforma consiste en reemplazar la mención que se efectúa a la autoridad competente del Estado de “*ejecución*” por la de “*emisión*”, en consonancia con el supuesto que se regula en el citado precepto.

209.- El apartado undécimo del artículo único del AL introduce un apartado cuarto en el artículo 143 de la LRM con el siguiente contenido: *la resolución de aseguramiento de pruebas regulada en este título únicamente podrá ser emitida o reconocida y ejecutada en España cuando se dirija o provenga, respectivamente, de Estados miembros de la Unión Europea que no estuvieran vinculados por la orden europea de investigación regulada en el título X*. La *ratio* de ese precepto cabe atribuirle, por un lado, al hecho de que la D/OEI incluye en su ámbito material de aplicación las medidas de aseguramiento para la obtención de pruebas, tal y como se ha visto; y por otro, que si bien la OEI, como señala la MAIN, sustituye en todos los Estados miembros vinculados por ella a la Decisión Marco 2003/577/JAI en relación con el aseguramiento de pruebas y a la Decisión Marco 2008/978/JAI relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas (DM/EEP), tal y como refieren los Considerandos (44) y (45) respectivamente de la D/OEI, de conformidad con los artículos 1, 2 y 4 bis, apartado 1 del Protocolo nº 21 sobre la posición del Reino Unido y de



Irlanda respecto del espacio de libertad, seguridad y justicia anejo al TUE y al TFUE, y sin perjuicio del artículo 4 de dicho Protocolo, Irlanda no participa en la adopción de la presente Directiva y no queda vinculada por la misma ni sujeta a su aplicación, y de conformidad con los artículos 1 y 2 de dicho Protocolo sobre la posición de Dinamarca, ésta no participa en la adopción de la presente Directiva y no está vinculada por la misma ni sujeta a su aplicación.

210.- Mediante el apartado duodécimo del artículo único del AL se modifica el artículo 165 LRM, atinente al acuerdo entre autoridades sobre la disposición de los bienes decomisados, añadiendo un segundo párrafo al apartado segundo con la siguiente redacción: *la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos (ORGA) podrá llegar a un acuerdo con el Estado de ejecución sobre el reparto de costes cuando hubiera intervenido en la gestión de los bienes decomisados*. Este precepto cabe ser interpretado en el contexto, de una parte, del apartado segundo donde se ubica, cuyo párrafo primero establece que *la autoridad judicial española que reciba una comunicación de la autoridad del Estado de ejecución sobre gastos especiales que ha conllevado la ejecución de la resolución de decomiso, lo comunicará al Ministerio de Justicia a efectos de un posible acuerdo sobre el reparto de costes con el Estado de ejecución*. De otra, del artículo 1 del Real Decreto 948/2015, de 23 de octubre, por el que se regula la ORGA, que la configura como un órgano de la Administración General del Estado y auxiliar de la Administración de Justicia, al que corresponden las competencias de localización, recuperación, conservación, administración y realización de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización criminal y de cualesquiera otras que se le atribuyan, en los términos previstos en la legislación penal y procesal, así como, entre otras, de la cooperación jurídica internacional, del procedimiento de decomiso autónomo o en cualesquiera otras actuaciones en los términos previstos en las leyes penales o procesales. Por último, que el artículo 14 del Real Decreto mencionado atribuye a la ORGA los costes y gastos correspondientes a los bienes que gestione desde que le sean encomendados, así como precedentes en determinados casos, y que los gastos ordinarios de la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos por el desarrollo de su actividad serán el cinco por ciento del valor de los recursos obtenidos.

211.- Partiendo de dichas premisas, cabe inferir que la asignación de dicha facultad a la ORGA constituye un supuesto especial incardinado en el apartado segundo del artículo 165 de la LRM, fundamentado en su integración orgánica en el Ministerio de Justicia y en las funciones y



competencias que le han sido legalmente atribuidas, cuya ejecución le ha de dotar de una serie de relevantes elementos de conocimiento y valoración que posibiliten una negociación lo más adecuada y eficaz posible.

212.- Por otra parte, habida cuenta de la similitud entre los apartados segundos de los artículos 165 y 14 de la LRM, cabría interrogarse sobre si desde una perspectiva sistemática no hubiera resultado más conveniente eliminar la referencia en el artículo 14 proyectado a la *"resolución judicial de decomiso"* para evitar de tal forma duplicidad en la regulación y en aras a una mayor coherencia en la sistemática del citado precepto, ya que las consecuencias de una falta de acuerdo entre el Ministerio de Justicia español y el Estado de ejecución allí previstas se refieren solamente a la OEI.

213.- Finalmente, el apartado decimotercero del artículo único del Anteproyecto, que regula la disposición de los bienes decomisados, incorpora los siguientes cambios en el artículo 172 de la LRM: en primer lugar, en el párrafo primero del apartado primero, especifica que la potestad otorgada al Juez de lo Penal competente para disponer del dinero obtenido de la ejecución de la resolución de decomiso de las formas que se indican en los subapartados a) y b), lo será *en defecto de acuerdo con la autoridad de emisión*, posibilidad que viene contemplada en el apartado cuarto del artículo 16 de la Decisión Marco 2006/783/JAI del Consejo.

214.- En segundo lugar, en el párrafo relativo al destino de las cantidades que correspondiesen a España, en la indicación a lo previsto en el artículo 374 del Código Penal se elimina la mención específica a dicho artículo y se introduce asimismo como marco referencial la Ley de Enjuiciamiento Criminal, decisión que podría traer causa de que la LRM sea anterior a la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, del Capítulo II bis del Título V del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, concretamente del artículo 367 *quinquies*, así como de la incorporación del artículo 127 *octies* del Código Penal, procediéndose de tal forma por el prelegislador a ajustar el contenido del artículo 172 LRM a las reformas antedichas.

215.- En tercer lugar, se elimina el vigente apartado tercero, que establece que *cuando de la ejecución de la resolución de decomiso resulten afectados bienes integrantes del patrimonio histórico español, el Juez de lo Penal en ningún caso procederá a su enajenación o restitución al Estado de emisión. En tal supuesto, lo comunicará a las autoridades españolas competentes y serán de aplicación las disposiciones de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del*



Patrimonio Histórico Español y su normativa de desarrollo, supresión cuya razón de ser no se encuentra en la MAIN y que tampoco aparece motivada por el contenido de la Decisión Marco 2006/783/JAI del Consejo, cuyo artículo 16.3 no obliga al Estado de ejecución a enajenar o restituir bienes concretos objeto de la resolución de decomiso que formen parte de su patrimonio cultural nacional, por lo que, de implicar la decisión del prelegislador la posibilidad de que por vía de ejecución de una resolución de decomiso puedan enajenarse o restituirse bienes del Patrimonio Histórico Español la valoración habría de ser negativa por las perjudiciales repercusiones que podría implicar.

216.- En cuarto lugar, se introduce un párrafo en el apartado segundo que establece que, en el supuesto de bienes que no sean dinero u otros instrumentos de pago al portador obtenidos de la ejecución de la resolución de decomiso, amén de proceder conforme a lo establecido en el párrafo primero, *también podrán ser transferidos al Estado de emisión, siendo necesario su consentimiento en el supuesto de que la resolución de decomiso se refiera a una suma de dinero en efectivo*, posibilidad contemplada en el artículo 16.2.b) de la Decisión Marco 2006/783/JAI del Consejo.

217.- Por último, se elimina el apartado cuarto del artículo 172 de la LRM, que estipula que *el Estado español no reclamará al Estado de emisión el reembolso de los gastos que resulten de la ejecución de la resolución de decomiso. No obstante, si la ejecución de la resolución ha conllevado gastos que considera de índole sustancial o excepcional, el Juez de lo Penal lo comunicará al Ministerio de Justicia para que éste llegue a un acuerdo con las autoridades competentes del Estado de emisión sobre el reparto de costes*. Habida cuenta del contenido del artículo 25 de la LRM, que ya regula el supuesto de los gastos ocasionados en territorio español por la ejecución de un instrumento de reconocimiento mutuo con la eventualidad que España hubiera incurrido en gastos excepcionales en ejecución de la resolución judicial de decomiso, así como a la introducción por el AL en el apartado primero del artículo 172 de la cláusula *"en defecto de acuerdo con la autoridad de emisión"*, cabría atribuir la decisión del prelegislador a razones de carácter sistemático a fin de evitar redundancias innecesarias, por lo que habría de ser valorada positivamente.

218.- Se constata la existencia de un error material en la página 4 del AL, concretamente en el último párrafo cuando indica que *"El apartado nueve del artículo único introduce un nuevo Título X en la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, que regula la orden europea de investigación, sustituyendo al*



exhorto, derogado por la normativa europea" ya que este nuevo Título X figura incorporado mediante el apartado decimocuarto del artículo único.

219.- En consonancia con la eliminación en el AL de la referencia a los Secretarios Judiciales en los artículos 14 y 172.1 de la LRM, tal vez hubiera sido conveniente proceder a reemplazar la referencia que a los mismos se mantiene en los artículos 52.2, párrafo segundo, 58.6 y 175.1, párrafo segundo, por la de Letrado de la Administración de Justicia, habida cuenta del cambio de denominación derivado de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial el 1 de octubre de 2015.

C) Modificación de la Ley 7/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil

I

220.- La Disposición final primera del AL modifica el artículo 588 de la LEC, y añade a esta una nueva Disposición final vigésima séptima que tiene por objeto articular las medidas para facilitar la aplicación en España del Reglamento (UE) nº 655 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por el que se establece el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas a fin de simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil (Reglamento OERC).

221.- El AL modifica el título del artículo 588 LEC, que pasa a tener la siguiente redacción: *«Nulidad del embargo indeterminado. Embargo de cuentas abiertas en entidades de crédito»*. A continuación introduce un apartado tercero y un apartado cuarto con la siguiente redacción:

«3. Cuando los fondos se encuentren depositados en cuentas a nombre de varios titulares solo se embargará la parte correspondiente al deudor. A estos solos efectos, en el caso de cuentas de titularidad indistinta con solidaridad activa frente al depositario o de titularidad conjunta mancomunada, el embargo podrá alcanzar a la parte del saldo correspondiente al deudor, entendiéndose que corresponde a partes iguales a los titulares de la cuenta, salvo que conste una titularidad material de los fondos diferente.



4. Cuando en la cuenta afectada por el embargo se efectúe habitualmente el abono del salario, sueldo, pensión, retribución o su equivalente, deberán respetarse las limitaciones establecidas en esta ley, mediante su aplicación sobre el importe que deba considerarse sueldo, salario, pensión o retribución del deudor o su equivalente. A estos efectos se considerará sueldo, salario, pensión, retribución o su equivalente el importe ingresado en dicha cuenta por ese concepto en el mes en el que se practique el embargo o, en su defecto, en el mes anterior».

222.- En la MAIN se justifica la introducción de estos nuevos apartados del artículo 588 LEC en la conveniencia de asimilar el embargo de los fondos depositados en cuentas bancarias en régimen de cotitularidad al regulado en los ámbitos tributario y de la Seguridad Social, en donde solo queda afectada por el embargo la parte que corresponde al obligado tributario o al deudor, respectivamente [artículo 171.2 de la Ley General Tributaria (LGT) y artículo 96.1 b)-2ª del Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social].

223.- El prelegislador añade que también resulta oportuno asimilar el embargo judicial de sueldos y pensiones a la regulación del embargo por estos conceptos en los ámbitos tributario y de la Seguridad Social, y ello atendida la práctica generalizada del abono de sueldos y pensiones en cuentas bancarias.

224.- En efecto, los nuevos apartados tercero y cuarto del artículo 588 LEC son prácticamente idénticos a los apartados segundo y tercero del artículo 171 de la LGT, y el apartado tercero del artículo 588 LEC es también similar al artículo 96.1 b), regla 2ª, del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social. En tal sentido, y en la medida en que las normas proyectadas guardan coherencia con las señaladas disposiciones de aquellos cuerpos normativos, ninguna objeción cabe hacer respecto de ellas. La cotitularidad de la cuenta no comporta un condominio sobre las cantidades depositadas, sino únicamente una cotitularidad formal, y acaso una presunción *iuris tantum* de la propiedad de los fondos por partes iguales, que autoriza, sin embargo, a que dicha presunción quede desvirtuada en función del resultado de las relaciones internas entre los cotitulares, y más en concreto por la prueba de la pertenencia de los fondos en virtud de su procedencia o propiedad originaria, tal y como se expresa una constante jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, (cfr., entre otras, STS de 15 de febrero de 2013, ECLI:ES:TS:2013:505, y las que en ella se



citan). Por otra parte, la expresa previsión de la aplicación de las limitaciones del embargo establecidas en el artículo 607 LEC a los importes de las cuentas bancarias en las que se ingrese el sueldo, salario, la pensión o la retribución del deudor o su equivalente evitará en gran medida la traba indiscriminada de tales cantidades más allá de las sumas permitidas en el señalado artículo 607 LEC, tomado como referencia las ingresadas en tales conceptos en el mes en curso, o en mes anterior.

225.- Debe, no obstante, hacerse las siguientes observaciones respecto de los preceptos proyectados. En primer término, se advierte que la proyectada modificación del artículo 588 LEC, introduciendo los párrafos tercero y cuarto, está desconectada de la también proyectada reforma de la ley de ritos para adaptar el Reglamento OERC, por lo que no debe entenderse limitada a los supuestos de ejecución de una OERC –en cuyo caso, lo adecuado hubiera sido reservar la aplicación de tales preceptos a los procesos de ejecución de la OERC, mediante una nueva disposición adicional de la LEC-, sino que, por el contrario, es de aplicación general a los procesos de ejecución nacionales. Siendo así, la previsión contenida en el proyectado apartado tercero del artículo 588 LEC debe entenderse referida exclusivamente al alcance del embargo de cuentas abiertas a nombre de varios titulares, bien como titularidad indistinta con solidaridad activa frente al depositario, bien como titularidad conjunta mancomunada, alusiones estas a la solidaridad activa y mancomunidad que han de venir referidas a las relaciones entre depositantes y depositarios; y, además de que, según lo expuesto, no prejuzga la propiedad material de los fondos, ha de cohonestarse, y dejar a salvo, la regulación de la ejecución sobre bienes gananciales prevista en el artículo 541 LEC, así como lo previsto en el artículo 542 respecto de la ejecución frente al deudor solidario.

II

226.- La nueva Disposición final vigésimo séptima tiene por objeto establecer las medidas para facilitar la aplicación en España del Reglamento OERC. A tal efecto, dicta normas de competencia para emitir la OERC, para ejecutarla, para notificar al deudor domiciliado en España la OERC, los demás documentos que la acompañan y la declaración de la entidad bancaria sobre la retención de los fondos, en los términos previstos en el artículo 28 del Reglamento, en relación con su artículo 25, y establece la competencia para conocer de la impugnación por el deudor de la ejecución de la OERC dictada en otro Estado miembro. Asimismo, a efectos de la



obtención de la información de cuentas a que se refiere el artículo 14 del Reglamento OERC, cuando sea requerida por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el que se haya presentado la solicitud de orden de retención, se dispone –apartado quinto de la Disposición final vigésimo séptima– que la autoridad de información que designe España podrá recabar la colaboración de cualesquiera entidades públicas y privadas que posean la información que permitan identificar las entidades de crédito y las cuentas del deudor. Dichas entidades públicas y privadas estarán obligadas a facilitar la información de que dispongan.

227.- La aplicabilidad directa del Reglamento OERC, y la regulación en él de forma completa del procedimiento para la emisión y ejecución de la OERC –incluyendo las vías de recurso– hacen innecesarias otras disposiciones que las contempladas por el prelegislador para facilitar la aplicación de la norma europea, si bien, como a continuación se verá, deben ser objeto de ciertas consideraciones.

228.- En efecto, conforme al apartado primero de esta Disposición final, la competencia para adoptar la orden relativa al crédito especificado en un documento público con fuerza ejecutiva se determinará conforme al apartado 3 del artículo 545 de la LEC. Asimismo, será competente, a elección del solicitante, el Juzgado de Primera Instancia del lugar donde se haya formalizado el documento en el que se basa la solicitud.

229.- Se establece, por tanto, la competencia objetiva de los Juzgados de Primera Instancia para emitir la OERC, y se fija la competencia territorial con remisión a los fueros previstos para la ejecución de títulos no judiciales, añadiendo a estos el del lugar donde se haya formalizado el documento en el que se basa la solicitud.

230.- En la MAIN se justifica la atribución de la competencia objetiva a los Juzgados de Primera Instancia, con exclusión de los Juzgados de lo Mercantil, en razón de la carga de trabajo que soportan estos Juzgados y en la necesidad de resolver acerca de la solicitud en plazos muy breves (de diez o de cinco días, dependiendo de si se ha obtenido o no una resolución judicial, una transacción judicial o un documento público con fuerza ejecutiva –artículo 18 del Reglamento OERC–). Esta atribución competencial en exclusiva, con exclusión de los Juzgados de lo Mercantil, sin embargo, no se encuentra suficientemente justificada. Ciertamente, el artículo 2.2 c) del Reglamento OERC excluye de su ámbito de aplicación los créditos frente a un deudor respecto del cual se hayan iniciado procedimientos de insolvencia, procedimientos de liquidación de sociedades u otras personas



jurídicas insolventes, procedimientos cuyo objeto sea alcanzar un acuerdo judicial o un convenio de acreedores u otros procedimientos análogos. Sin embargo, podrán darse otros créditos en materias no concursales que sean de la competencia de los Juzgados de lo Mercantil ex artículo 86 *ter* LOPJ que den lugar a una solicitud de OERC –como por ejemplo los derivados de un contrato de transporte, o del ejercicio de acciones de responsabilidad contra administradores sociales-. En tales casos, la carga de trabajo –que pesa no solo sobre estos Juzgados, sino también sobre los de Primera Instancia- no puede ser razón para excluir la competencia de los Juzgados de lo Mercantil, cuando se trata de materias reservadas a estos por razón de su especialidad, y de la especialización del órgano y sus titulares. Adviértase que el juez ante el que se presente una solicitud de OERC ha de valorar la información y las pruebas aportadas por el acreedor (artículo 9 del Reglamento OERC) y ha de dictar la orden de retención por la cuantía acreditada mediante las pruebas aportadas por el acreedor y determinada de acuerdo con la ley aplicable a la deuda subyacente (artículo 17.4 del Reglamento OERC). El legislador, por lo demás, no ha prescindido siempre y en todo caso de la competencia de los Juzgados de lo Mercantil al dictar las medidas para facilitar la aplicación en España de instrumentos europeos [cfr. Disposición final vigésimo cuarta LEC, que contiene las medidas para facilitar la aplicación en España del Reglamento (CE) nº 861/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía].

231.- Debe advertirse también, por otra parte, que las normas de competencia que se contienen en el artículo 6 del Reglamento OERC son, ciertamente, y ante todo, reglas de competencia internacional que a su vez remiten a las normas de competencia judicial internacional aplicables, por cuanto la competencia internacional para dictar la OERC vendrá determinada por la competencia internacional para conocer del fondo del asunto establecida por las correspondientes normas de competencia aplicables, principalmente en el Reglamento (UE) nº 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOUE L 351, de 20.12.2012), y en otros instrumentos europeos aplicables a las materias no excluidas del Reglamento OERC, como, por ejemplo, el Reglamento (CE) núm. 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos. Pero pueden entenderse también como normas que se proyectan sobre la competencia interna, en la medida en que, tal y como dispone el apartado primero de



dicho artículo, cuando el acreedor no ha obtenido una resolución judicial, una transacción judicial o un documento público con fuerza ejecutiva, serán competentes para dictar la OERC los órganos jurisdiccionales del Estado miembro «*[q]ue sean competentes para resolver sobre el fondo del asunto, de conformidad con las correspondientes normas de competencia aplicables*»; tratándose de un crédito frente a un consumidor, la competencia vendrá determinada por el domicilio del deudor; y cuando el acreedor cuenta con una resolución judicial o una transacción judicial, la competencia se atribuye a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que se haya dictado la resolución o probado o concluido la transacción judicial (artículo 6.3). De este modo, cabría entender que la competencia para dictar la OERC corresponde al órgano jurisdiccional que sería competente para conocer del fondo del asunto, de acuerdo con las normas de competencia –no solo internacional, sino objetivas y territoriales-aplicables; y que corresponde al órgano jurisdiccional del domicilio del deudor consumidor, que ha dictado la resolución judicial o ha aprobado, o ante quien se ha concluido, la transacción judicial. Ello explicaría por qué el artículo 50.1 a) del Reglamento, entre la información que ha de facilitar cada Estado miembro, alude exclusivamente a los órganos jurisdiccionales competentes para dictar una orden de retención conforme al artículo 6, apartado cuarto, que establece que «*[C]uando el acreedor haya obtenido un documento público con fuerza ejecutiva, serán competentes para dictar la orden de retención relativa al crédito especificado en él los órganos jurisdiccionales designados a tal fin en el Estado miembro en el que dicho documento se haya formalizado*». Así, de hecho, parece haberlo entendido el prelegislador, que únicamente ha establecido en el apartado primero de la Disposición final vigésimo séptima la competencia para estos casos.

232.- Este precepto acude a la regla de competencia prevista en el artículo 545.3 LEC para la ejecución de títulos no judiciales, la cual, a su vez, remite en primer lugar a los artículos 50 y 51 de la ley rituarial. Esto significa determinar la competencia –de forma imperativa– mediante las conexiones que se contemplan en tales preceptos: domicilio del deudor, residencia del deudor en territorio nacional, lugar en que se encuentre en España, lugar de su última residencia en España, y lugar del domicilio del actor. Tratándose de empresarios profesionales en los litigios derivados de su actividad profesional, el lugar donde se desarrolle dicha actividad, y si tuvieren establecimientos a su cargo en diferentes lugares, cualquiera de ellos, a elección del acreedor. Cuando se trate de deudores personas jurídicas o entes sin personalidad, se estará al fuero del domicilio y del lugar donde la situación jurídica a que se refiera el litigio haya nacido o deba surtir efectos, siempre que en dicho lugar tengan establecimiento



abierto al público o representante autorizado para actuar en nombre de la entidad. Respecto de los entes sin personalidad, se estará al fuero del domicilio de sus gestores o del lugar de desarrollo de su actividad.

233.- La competencia también podrá venir determinada, a elección del acreedor, por el lugar de cumplimiento de la obligación, según el título, o por cualquier lugar en que se encuentren bienes del ejecutado que puedan ser embargados; y también a elección del acreedor, por el lugar donde se haya formalizado el documento en el que se basa la solicitud.

234.- La regla de competencia de concibe, por tanto, en términos muy amplios, vinculada a la competencia para conocer del proceso de ejecución del título no judicial, incluyendo una gran diversidad de fueros, que parten del general del domicilio o residencia del deudor, con arreglo a los cuales resulta razonable asignar la competencia para dictar la OERC, no previéndose que la norma, dada su amplitud, pueda permitir situaciones claudicantes.

235.- La competencia para la ejecución de la OERC se determina en función del lugar donde se mantenga la cuenta bancaria y, si hubiera cuentas en distintos lugares, el juzgado del lugar correspondiente a cualquiera de ellas.

236.- La notificación al deudor domiciliado en España, prevista en el artículo 28.3 del Reglamento OERC, se llevará a cabo por el juzgado del domicilio del deudor.

237.- El apartado cuarto de la Disposición final analizada se limita a establecer que la competencia para conocer de la impugnación de la ejecución de la OERC corresponde al órgano jurisdiccional que ha ejecutado la orden, lo que, por lo demás, se deriva del tenor del artículo 34.1 del Reglamento OERC.

D) Modificaciones de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita (LAJ o Ley 1/1996) y de la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado

I

238.- La Disposición final segunda del Anteproyecto introduce algunas modificaciones en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica



gratuita, con el fin de trasponer algunos aspectos de la Directiva (UE) 2016/1919, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2016, relativa a la asistencia jurídica gratuita a los sospechosos y acusados en los procesos penales y a las personas buscadas en virtud de un procedimiento de orden europea de detención. El periodo de transposición de la referida Directiva concluye, de acuerdo con el artículo 12 de la misma, el 25 de mayo de 2019.

239.- La Directiva 2016/1919 se enmarca en el proceso de armonización de las garantías en los procesos de carácter penal que ha dado lugar a la aprobación de cinco directivas sobre derechos procesales en el ámbito penal (Directivas 2010/64/UE, 2012/13/UE, 2013/48/UE, (UE) 2016/343 y (UE) 2016/800 del Parlamento Europeo y del Consejo). El objetivo de Directiva es garantizar la efectividad del derecho a la asistencia de letrado que regula la Directiva 2013/48/UE mediante la asistencia de un letrado, financiada por los Estados miembros, a los sospechosos y acusados en los procesos penales y a las personas buscadas en virtud de un procedimiento de orden europea de detención. En ella, de acuerdo con lo señalado en su considerando (2), se establecen normas mínimas comunes sobre el derecho de asistencia jurídica gratuita a las personas que forman parte de su ámbito subjetivo de aplicación con la finalidad de *«reforzar la confianza de los Estados miembros en los sistemas de justicia penal de cada uno de ellos y contribuir de este modo a facilitar el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal.»*

240.- La Disposición final segunda introduce tres modificaciones en la Ley 1/1996 mediante las que se incorporan algunas previsiones de la Directiva 2016/1919 que no tienen el oportuno reflejo en nuestro Ordenamiento jurídico. Conviene significar que dos de las medidas incorporadas en la Ley tienen un ámbito subjetivo de aplicación más amplio que el previsto en la Directiva 2016/1919 pues no se limitan a los supuestos de sujetos pasivos de un proceso penal o personas objeto de una orden europea de detención, sino que se extienden a todas las personas que, de acuerdo con el artículo 2 de la Ley 1/1996, tienen derecho a la asistencia jurídica gratuita.

241.- Así, por un lado, el apartado uno de la Disposición final segunda introduce un último párrafo, el cuarto, en el artículo 1 de la Ley 1/1996 en el que se establece el mandato de que en la aplicación de la Ley deberán tomarse en consideración las necesidades específicas de las personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad. El nuevo precepto introduce así en nuestro Ordenamiento, con un ámbito subjetivo más amplio, la regla prevista en el artículo 9 de la Directiva 2016/1919 que, bajo la rúbrica *«Personas vulnerables»*, dispone que *«[l]os Estados miembros garantizarán*



que en la aplicación de la presente Directiva, se tomen en consideración las necesidades específicas de los sospechosos, los acusados y personas buscadas que sean vulnerables».

242.- Por otro lado, el apartado tres de la referida Disposición final segunda ALOEI introduce un nuevo artículo 21 *bis* que regula el derecho de los beneficiarios de la asistencia jurídica gratuita a instar la designación de nuevos profesionales en sustitución de los previamente designados. Este precepto incorpora la previsión del artículo 7.4 de la Directiva 2016/1919 de acuerdo con la cual *«[l]os Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que los sospechosos, acusados y las personas buscadas tengan derecho a que, si lo solicitan, se sustituya al letrado que les haya sido asignado para prestar los servicios de asistencia jurídica gratuita, cuando así lo justifiquen las circunstancias específicas.»*

243.- Por su parte, el apartado dos de la Disposición final segunda AL modifica el artículo 6.3 de la Ley 1/1996, incorporando un nuevo supuesto en que procederá la prestación de defensa y representación gratuitas por abogado y procurador en el procedimiento judicial, aunque la ley no prevea la intervención de estos profesionales como preceptiva. Así, junto con el supuesto ya existente consistente en la circunstancia de que el Juzgado o el Tribunal mediante auto motivado requiera la intervención de abogado y procurador para garantizar la igualdad de las partes en el proceso (que el ALOEI enumera con la letra a), el anteproyecto dispone que también procederá la defensa y representación gratuitas cuando, *«tratándose de delitos leves, la persona frente a la que se dirige el proceso penal haya ejercitado su derecho a estar asistido de abogado»* (supuesto que se enumera en el nuevo artículo 6.3 Ley 1/1996 con la letra b). Tal y como se deduce del enunciado del precepto, el ámbito de aplicación de esta nueva previsión del artículo 6.3 Ley 1/1996 se circunscribe al ámbito subjetivo de aplicación de la Directiva 2016/1919, esto es, a los sujetos pasivos de un proceso penal.

244.- Una vez descrito el contenido de las modificaciones que introduce el ALOEI en la Ley 1/1996, procede realizar algunas consideraciones sobre su contenido y alcance.

245.- El último párrafo del artículo 1 de la Ley 1/1996, en la redacción dada por el apartado uno de la disposición final segunda ALOEI dispone lo siguiente:

«En la aplicación de esta ley deberán tomarse en consideración las necesidades específicas de las personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad.»



246.- Este mandato tiene como destinatarios, de un lado, al poder reglamentario que a la hora de efectuar el desarrollo de las previsiones legales habrá de tener en cuenta las necesidades de las personas vulnerables que tengan derecho a la asistencia jurídica gratuita. Por otro lado, el precepto contiene una directiva de interpretación al aplicador de la norma en el sentido de preferir aquellos sentidos de las reglas previstas en la Ley que resulten más tuitivas y favorables a subvenir las específicas necesidades de los beneficiarios del derecho a la asistencia jurídica gratuita que se encuentren en situación de vulnerabilidad.

247.- La Ley 1/1996 contempla algunos supuestos de especial vulnerabilidad que por voluntad del legislador dan lugar al reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita, con independencia de la existencia de recursos para litigar. Así, la letra g del artículo 2 Ley 1/1996, que fue incorporada por el artículo 2.1 del Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita, y cuya formulación procede de la redacción dada por la Disposición final tercera, apartado dos, de Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, dispone que se reconoce el derecho a la asistencia jurídica gratuita a las víctimas de violencia de género, de terrorismo y de trata de seres humanos en aquellos procesos que tengan vinculación, deriven o sean consecuencia de su condición de víctimas, así como a los menores de edad y las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental cuando sean víctimas de situaciones de abuso o maltrato.

248.- Asimismo, la letra h) del artículo 2 Ley 1/1996, introducida por el Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero, reconoce el derecho de asistencia jurídica gratuita, con independencia de la existencia de recursos para litigar, a quienes a causa de un accidente acrediten secuelas permanentes que les impidan totalmente la realización de las tareas de su ocupación laboral o profesional habitual y requieran la ayuda de otras personas para realizar las actividades más esenciales de la vida diaria, cuando el objeto del litigio sea la reclamación indemnización por los daños personales y morales sufridos.

249.- A la vista de lo anterior, una primera consecuencia adscribible a la previsión contenida en el último párrafo del artículo 1 Ley 1/1996, en la redacción dada por el ALOEI, es la de que la aplicación de las reglas sustantivas y procedimentales de la Ley deberán tenerse en cuenta las necesidades específicas de las personas de estos colectivos a los que el legislador, en atención a su situación de vulnerabilidad, ha reconocido el



derecho a la asistencia jurídica gratuita (víctimas de violencia de género, de terrorismo y de trata de seres humanos; menores y personas con discapacidad víctimas de situaciones de abuso o maltrato; víctimas de accidentes que presenten secuelas de determinada gravedad).

250.- Ahora bien, el enunciado abierto del precepto al referirse a «*personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad*» permite que el mandato de tomar en consideración la necesidades específicas de estas personas pueda ser aplicable a sujetos distintos a los específicamente contemplados en las letras g) y h) del artículo 2 Ley 1/1996 y que, en atención de las concretas circunstancias personales, puedan ser considerados en situación de vulnerabilidad por los órganos aplicadores de la Ley en alguna de las fases del reconocimiento y ejercicio del derecho de asistencia jurídica gratuita (el juez o tribunal competente, los colegios profesionales, la comisión de asistencia jurídica gratuita).

251.- En este sentido, cabe recordar la doctrina de la STC 7/2011, de 14 de febrero (ECLI:ES:TC:2011:7), que estableció la obligación constitucional, derivada del derecho fundamental de defensa y asistencia de letrado del artículo 24.2 CE, de remover los obstáculos y adoptar las medidas adecuadas para asegurar la efectividad del derecho en atención de las circunstancias de vulnerabilidad de la persona discapacitada que expresaba su voluntad de constituirse en parte en un procedimiento de incapacitación. Afirmaba en aquella sentencia el Tribunal Constitucional que: «*El órgano judicial, por la importancia de los intereses a dilucidar, la situación de presunta incapacidad, la exigencia legal de que toda comparecencia se realice con asistencia de Abogado y Procurador, la situación de internamiento, las dificultades para que se asumiera el cargo de defensor judicial y por los reiterados intentos del recurrente de oponerse al procedimiento del que estaba siendo objeto, estaba constitucionalmente obligado, para hacer efectivo el derecho de defensa y a la asistencia letrada (art. 24.2 CE) y para evitar generar al recurrente una situación de efectiva indefensión, a adoptar las medidas necesarias que hicieran posible al recurrente, tal como era su voluntad expresa, comparecer formalmente en el proceso con su propia defensa y representación. Dichas medidas podrían haber consistido bien directamente en instar el nombramiento de Abogado y Procurador del turno de oficio o, en su defecto, al menos, haber puesto en conocimiento del recurrente que sólo podía hacer efectiva su comparecencia en el proceso mediante la intervención de abogado y procurador, que podía designar libremente o, en caso de no poder hacerse cargo económicamente de los gastos, solicitar el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita para que le fueran designados dicho profesionales a través del turno de oficio*» (STC 7/2011, de 14 de febrero, FJ 6).



252.- Más allá de lo expuesto, es lo cierto que el último párrafo del artículo 1 Ley 1/1996 trae causa del artículo 9 de la Directiva 2016/1919 y debe ser interpretado a la luz de la norma de la Unión. En este sentido, debe tenerse en cuenta que en los Considerandos de la Directiva se apunta alguna consecuencia que puede derivar el legislador nacional del mandato de tomar en consideración la necesidades específicas de los sospechosos, los acusados y personas buscadas vulnerables. En concreto, en el Considerando (18) se afirma lo siguiente:

«Los Estados miembros deben adoptar disposiciones prácticas relativas a la prestación de la asistencia jurídica gratuita. Estas disposiciones pueden establecer que la asistencia jurídica gratuita se conceda previa solicitud del sospechoso, acusado o persona buscada. Habida cuenta en particular de las necesidades de las personas vulnerables, dicha solicitud no debe, sin embargo, considerarse un requisito sustantivo, para la concesión de la asistencia jurídica gratuita.»

253.- El artículo 9 de la Directiva en relación con el Considerando (18) parece favorecer que los Estados miembros promuevan el impulso de oficio del reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita de aquellos sujetos pasivos de un proceso penal o personas objeto de una orden europea de detención que se encuentren en una situación de vulnerabilidad. Al respecto debe señalarse que nuestro Ordenamiento jurídico satisface suficientemente esta previsión derivable de la Directiva. En efecto, nuestra LECrim establece el deber de designar abogado de oficio a todo detenido, investigado o imputado que no lo designe libremente (arts. 118.2, 520.5 y 767 LECrim). Esta designación de la asistencia letrada de oficio no supone automáticamente el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita, tal y como dispone el artículo 6.2 de la Ley 1/1996, pero si conlleva un cierto impulso de oficio de la incoación del correspondiente procedimiento de reconocimiento del derecho. En efecto, el artículo 13 del Real Decreto 996/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de asistencia jurídica gratuita, en desarrollo de lo previsto en el artículo 21 Ley 1/1996, establece:

« Artículo 13. Designación provisional a requerimiento judicial.

1. El órgano judicial que esté conociendo de un proceso podrá dictar resolución motivada, y requerirá de los colegios profesionales el nombramiento provisional de abogado y, en su caso, procurador si estimara preciso asegurar de forma inmediata los derechos de defensa y representación de las partes y alguna de ellas manifestara carecer de recursos económicos.



2. Con dicha resolución, se adjuntará la solicitud del beneficio de justicia gratuita del interesado, debidamente firmada, solicitud que previamente le habrá sido facilitada por el propio órgano judicial.

El nombramiento provisional de abogado y procurador a requerimiento judicial no obstará para que el posible interesado deba facilitar la correspondiente documentación para la obtención del beneficio de asistencia jurídica gratuita.»

254.- Sin perjuicio de las normas de la LECrim y el precepto reglamentario citados, que permiten sostener que la previsión del artículo 9 de la Directiva 2016/1919 tiene cobertura suficiente en nuestro Ordenamiento, la modificación del artículo 1 de la Ley 1/1996 efectuada por el apartado uno de la disposición final segunda del ALOEI permite una transposición más completa de la Directiva.

255.- El apartado dos de la disposición final segunda ALOEI da nueva redacción al artículo 6.3 Ley 1/1996, introduciendo un nuevo supuesto en el que, no siendo preceptiva la intervención de abogado y procurador, procede la prestación de defensa y representación gratuitas de estos profesionales. En concreto, se prevé que el beneficiario de la asistencia jurídica gratuita tendrá derecho a la prestación de defensa y representación cuando, tratándose de delitos leves, la persona frente a la que se dirige el proceso penal haya ejercitado su derecho a estar asistido de abogado.

256.- En el procedimiento para el juicio de delitos leves no se dispone la intervención preceptiva abogado, si bien se reconoce el derecho de la persona denunciada a ser defendido por un profesional (art. 962.2 LECrim). En estos casos, el Tribunal Constitucional ha establecido *«en los casos en que la intervención de Letrado no es preceptiva con arreglo a las normas procesales, ello no priva al justiciable del derecho a la defensa y asistencia letrada del art. 24.2 CE, ya que no se obliga a las partes a actuar personalmente, sino que se les faculta para elegir entre la autodefensa o la defensa técnica. En consecuencia, el derecho de asistencia letrada permanece incólume en tales casos, quedando su ejercicio a la disponibilidad de las partes, lo cual lleva consigo, en principio, el derecho del litigante que carece de recursos económicos para sufragar un Letrado de su elección, a que se le provea de Abogado de oficio, si así lo considera conveniente a la mejor defensa de sus derechos, cuando se solicite y resulte necesario.»* (STC 92/1996, de 27 de mayo, FJ 3).

257.- De este modo, el precepto analizado no sólo da cumplimiento a lo previsto en la Directiva 2016/1919 al garantizar a los sujetos comprendidos en el ámbito de ampliación de la norma europea el acceso a la asistencia



jurídica gratuita también en los procesos por delitos leves, sino que también se sitúa en línea con la doctrina constitucional sobre el efectividad del derecho de defensa en los supuestos en los que la Ley no establece como preceptiva la intervención de abogado.

258.- El apartado tres de la Disposición final segunda ALOEI introduce un nuevo artículo 21 bis en la Ley 1/1996 que tiene el siguiente tenor:

«Artículo 21 bis. Sustitución del profesional designado.

- 1. El beneficiario de la asistencia jurídica gratuita tendrá derecho a instar la designación de nuevos profesionales mediante solicitud debidamente justificada, que no suspenderá la designación de los profesionales que ya venga acordada.*
- 2. Recibida la solicitud, la Comisión de Asistencia Gratuita dará traslado por cinco días al profesional cuya sustitución se interesa, resolviendo motivadamente a continuación en el plazo de quince días.*
- 3. La resolución apreciando que concurre causa que justifica la sustitución se comunicará al Colegio de Abogados o de Procuradores para que de manera inmediata se proceda a designar a un nuevo profesional.*
- 4. Cuando de manera reiterada, en un breve periodo de tiempo y en un mismo asunto, se inste por el beneficiario la sustitución de los profesionales designados, la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita podrá denegar la tramitación de la solicitud de sustitución, confirmando la designación de los profesionales actuantes.*
- 5. Las resoluciones acordando o denegando la sustitución, así como aquellas que inadmitan a trámite la solicitud por reiteración de la petición de sustitución, no serán susceptibles de impugnación.»*

259.- Mediante el citado precepto se incorpora en nuestro ordenamiento la previsión del artículo 7.4 Directiva 2016/1919 conforme a la cual los Estados miembros garantizarán que los sospechosos, acusados y las personas buscadas tengan derecho a que, si lo solicitan, se sustituya al letrado que les haya sido asignado para prestar los servicios de asistencia jurídica gratuita, *«cuando así lo justifiquen las circunstancias específicas»*.

260.- Como se ha expuesto más arriba, el prelegislador ha optado por reconocer este derecho a la sustitución del letrado designado a todos los beneficiarios de la asistencia jurídica gratuita a los que se les haya reconocido la prestación de asistencia de abogado y procurador (art. 6.2 y



6.3 Ley 1/1996). Esta opción viene a posibilitar en el ámbito de la asistencia jurídica gratuita el ejercicio del derecho de defensa, que incorpora el derecho a un abogado de libre elección, pues como afirmó tempranamente el Tribunal Constitucional el derecho de asistencia letrada reconocido en el artículo 24.2 CE *«comporta de forma esencial que el interesado pueda encomendar su representación y asesoramiento técnico a quien merezca su confianza y considere más adecuado para instrumentar su propia defensa»* (STC 30/1981, de 24 de julio, FJ 3, ECLI:ES:TC:1981:30; doctrina reiterada en SSTC 7/1986, de 21 de enero, FJ 2, ECLI:ES:TC:1986:7; 216/1988, de 14 de noviembre, FJ 2, ECLI:ES:TC:1988:216; 12/1993, de 18 de enero, FJ 3, ECLI:ES:TC:1993:12; y STC 81/2006, de 13 de marzo, FJ 3, ECLI:ES:TC:2006:81). Si bien el derecho de asistencia letrada (art. 24.1 CE) se ha vinculado especialmente en la jurisprudencia constitucional al proceso penal, el Tribunal ha afirmado reiteradamente que entre el haz de garantías que integran el derecho a un proceso justo se incluye el derecho a la defensa y a la asistencia letrada (art. 24.2 CE), que debe ser reconocido no sólo para el proceso penal sino también para el resto de los procesos y cuya finalidad es la de asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción (STC 7/2011, de 14 de febrero, FJ 2, cit.).

261.- El artículo 21 *bis* Ley 1/1996 proyectado viene así a paliar una insuficiencia de la regulación de la asistencia jurídica gratuita en relación con el derecho a la asistencia de letrada que había sido puesta de manifiesto por la doctrina, al no permitir la Ley en su redacción vigente dar solución a los supuestos de contradicción de intereses entre defensor y defendido o de falta de confianza de éste respecto de aquel mediante la sustitución del letrado designado. En efecto, los únicos casos previstos en la Ley de sustitución del abogado inicialmente designado son, por un lado, el supuesto de excusa por motivo personal y justo del abogado designado en un caso penal (art. 31, segundo párrafo, Ley 1/1996) y, por otro lado, cuando el Colegio de Abogados o el Ministerio Fiscal estimen defendible la pretensión o el recurso frente a la alegación del letrado designado de insostenibilidad de una u otro (art. 34 y 35 Ley 1/1996).

262.- En la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha subrayado que también las personas defendidas por abogados de oficio tienen derecho, en principio, a que sus intereses y deseos en relación con la defensa sean tenidos en consideración, pero que en el ámbito de la asistencia jurídica gratuita pueden imponerse límites al derecho a la libre elección de abogado. Así, en la STEDH de 23 de enero de 2003, *Lagerblom c. Suecia*, se afirma:



«Es cierto que el artículo 6.3 (c) [del Convenio Europeo de Derechos Humanos] reconoce el derecho al acusado a ser asistido por un defensor "de su elección". No obstante, y sin perjuicio de la importancia de la relación de confianza entre abogado y cliente, este derecho no puede ser considerado como absoluto. Necesariamente está sujeto a límites en el ámbito de la asistencia jurídica gratuita. Al designado abogado defensor, los tribunales deben ciertamente tomar en consideración los deseos del acusado pero estos pueden quedar postergados cuando resulte necesario, con base en motivos relevantes y suficientes, para los intereses de la justicia.» (STEDH Lagerblom c. Suecia, p. 54; y en el mismo sentido, STEDH de 25 de septiembre de 1992, Croissant c. Alemania, p. 29).

263.- La regulación adoptada en el Anteproyecto establece un límite claro al ejercicio del derecho a la sustitución del abogado designado en el apartado 4 del artículo 21 *bis*. En efecto, los supuestos de ejercicio del derecho de manera reiterada, en un breve periodo de tiempo y en un mismo asunto pueden dar lugar a una resolución denegatoria por parte de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita. Se trata de un límite al derecho basado en la existencia de un abuso o ejercicio antisocial del mismo que resulta razonable y no desproporcionado, que está previsto expresamente en la Ley como causa de denegación y que comporta el mantenimiento de la defensa previamente designada. En este sentido, la causa de denegación prevista por el prelegislador puede considerarse que satisface el estándar de protección derivado de los artículos 24.2 CE y 6.3.c CEDH y no resulta equiparable al supuesto contemplado por la STC 136/2016, de 18 de junio (ECLI:ES:TC:2016:136), que consideró que *«la causa determinante de la denegación de la justicia gratuita [referida] exclusivamente al número de veces en que ese ciudadano ha solicitado con anterioridad el derecho de justicia gratuita es claramente inidónea para impedir que aquél ejerza su derecho fundamental a impetrar la tutela de los tribunales en defensa de sus derechos subjetivos e intereses legítimos, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 24.1 de nuestra Constitución»*, pues el artículo 21 *bis*. 4 no se refiere al acceso al derecho a la asistencia jurídica gratuita sino al derecho a la sustitución del letrado designado.

264.- Consideración especial merece el apartado 5 del artículo 21 *bis* proyectado. En él se establece que las resoluciones acordando o denegando la sustitución, así como las de inadmisión de solicitudes por reiteración de la petición, no serán susceptibles de impugnación. El precepto establece una restricción al acceso a la jurisdicción que plantea problemas tanto desde el punto de vista del Derecho de la Unión como desde la perspectiva del artículo 24.1 de nuestra Constitución.



265.- No debe olvidarse que a través del artículo 21 *bis* de la Ley 1/1996 pretende incorporarse la previsión del artículo 7.4 de la Directiva 2016/1919. Este precepto configura un derecho de los sospechosos, acusados y personas buscadas a la sustitución del letrado designado de oficio, si lo solicitan, cuando lo justifiquen las circunstancias específicas. En relación con los derechos reconocidos en la Directiva, el artículo 8, bajo la rúbrica «*Vías de recurso*», dispone que los Estados miembros velarán por que los sospechosos, los acusados y las personas buscadas dispongan de vías de recurso efectivas conforme a la normativa nacional en los casos en que se hayan vulnerado los derechos que les confiere la Directiva. De acuerdo con el Considerando (27), *«[e]l principio de eficacia del Derecho de la Unión exige que los Estados miembros implanten vías de recurso adecuadas y eficaces en caso de vulneración de algún derecho otorgado a las personas físicas por el Derecho de la Unión. Debe disponerse de una vía eficaz de recurso cuando el derecho a la asistencia jurídica gratuita se vea menoscabado, o la prestación de la asistencia jurídica gratuita se demore o deniegue total o parcialmente.»*

266.- El juez nacional es también juez de la Unión y le corresponde la garantía de los derechos conferidos por el Derecho de la UE. La garantía jurisdiccional de la aplicación de las normas de la Unión se atribuye, así, por un lado, a los tribunales de la Unión y, por otro, a los tribunales de los Estados miembros. El artículo 19.1 TFUE, tras enunciar la función que corresponde a los tribunales de la Unión, determina la obligación de los Estados miembros de establecer las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión. A la hora de articular los mecanismos procesales a través de los que los tribunales nacionales aplican el Derecho de la Unión, los Estados miembros disponen de un amplio espacio de configuración, de acuerdo con el principio de autonomía procesal (STJUE C-33/76, Rewe, EU:C:1976:188). Esa autonomía viene limitada, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, por dos principios: el de equivalencia (las pretensiones basadas en Derecho de la Unión deben tener el mismo trato procesal que las fundadas en el Derecho nacional) y el de efectividad (el régimen procesal previsto en el Derecho nacional no puede articularse de modo que haga imposible en la práctica el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento de la Unión). Esta doctrina jurisprudencial se reitera en la reciente STJUE C-348/16, Moussa Sacko, EU:C:2017:591, p. 29-32) en los siguientes términos:

«29. [...] según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, corresponde a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, en virtud del principio de cooperación leal enunciado en el artículo 4



TUE, apartado 3, garantizar la tutela judicial de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables y, por otra parte, el artículo 19 TUE, apartado 1, obliga a los Estados miembros a establecer las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión [...].

30. Esta obligación impuesta a los Estados miembros corresponde al derecho recogido en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta»), titulado «Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial», según el cual, toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva ([...].

32. Dicho principio de tutela judicial efectiva de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables consta de diversos aspectos, entre los que se incluyen el derecho de defensa, el principio de igualdad de armas, el derecho de acceso a los tribunales y el derecho a ser asesorado, defendido y representado.»

267.- Desde el punto de vista del derecho de acceso a la jurisdicción garantizado en el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, así como desde el principio de efectividad, cabe sostener que la imposibilidad de impugnar las resoluciones de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita sobre la sustitución de abogado solicitada por un sujeto pasivo de un proceso penal o una persona objeto de una orden europea de detención constituye una previsión normativa que no es conforme al Derecho de la Unión, en particular, al artículo 8 Directiva 2016/1919 en relación con el artículo 19 TFUE y artículo 47 de la Carta. En efecto, el TJUE ha considerado que el carácter inimpugnable de un acto de una autoridad nacional que incide sobre derechos conferidos por una norma comunitaria no es conforme con el Derecho de la Unión. Así, en la STJUE C-22/84, Johnston, EU:C:1986:206, en relación con la aplicación de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, el Tribunal manifestó que «el principio de control jurisdiccional efectivo, consagrado por el artículo 6 de la Directiva 76/207 del Consejo, de 9 de febrero de 1976, se opone a que se otorgue el carácter de prueba irrefutable, que excluya toda posibilidad de control por un juez, a una certificación de una autoridad nacional en la que se afirma que se han cumplido las condiciones exigidas para autorizar una excepción al principio



de igualdad de trato entre hombres y mujeres para proteger la seguridad pública.»

268.- Igual conclusión debe alcanzarse a partir del derecho de acceso a la jurisdicción garantizado por el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado por el artículo 24.1 de nuestra Constitución. El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de declarar inconstitucionales preceptos legales que declaraban inimpugnables determinadas resoluciones de órganos administrativos por vulnerar el artículo 24.1 en relación con el artículo 106.1 CE. Así, en la STC 149/2000, de 1 de junio (ECLI:ES:TC:2000:149), ha afirmado que *«el derecho a la tutela judicial efectiva prohíbe al legislador que, en términos absolutos e incondicionales, impida acceder al proceso los indicados derechos e intereses legítimos; prohibición que se refuerza por lo dispuesto en el art. 106.1 de la Constitución cuando se trata del control judicial frente a la actuación administrativa [...] De este modo, con la exclusión de todo control judicial sobre ciertas actuaciones de las Juntas Electorales se crea un sector de inmunidad administrativa que no se compadece con ninguno de los preceptos constitucionales referidos»* (FJ 3). Tal interpretación se reitera en la STC 177/2011, de 8 de noviembre (ECLI:ES:TC:2011:177), que sostiene que *«la exclusión de control judicial de los motivos de legalidad ordinaria que surgieran a raíz de la imposición de sanciones leves en el ámbito disciplinario castrense choca frontalmente con el derecho fundamental a la tutela judicial sin indefensión reconocida en el artículo 24.1 CE»* (FJ 3), infringiéndose también el artículo 106.1 CE que *«establece un principio tan consustancial al Estado de Derecho como es el del sometimiento de la actuación de todos los poderes públicos al conjunto del Ordenamiento y la verificación de esa sujeción, en última instancia, por los órganos del Poder Judicial. Principio de fiscalización plena –sin inmunidad de poder– de la actuación administrativa que, para el caso de la Administración Pública, ha encontrado formulación expresa y específica en el art. 106.1 de la Constitución»* (FJ 4).

269.- La exclusión de control judicial sobre las decisiones de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita determina que, de acuerdo con el AL, este órgano administrativo tiene la última palabra sobre la interpretación sobre las causas que justifican la sustitución solicitada por el beneficiario de la asistencia jurídica gratuita, determinándose, de este modo, un espacio inmune al control judicial. Los conceptos empleados por el proyectado artículo 21 bis Ley 1/1996 *“solicitud debidamente justificada”* y *“causa que justifica la sustitución”* no son conceptos judicialmente inasequibles que puedan justificar la denegación del acceso a la jurisdicción. Al contrario, la determinación de las circunstancias que legitiman el ejercicio del derecho a



la sustitución del letrado designado realizada, en primera instancia, por la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita debe ser susceptible de control por parte del juez o tribunal competente, que es el que conozca del litigio principal en el que actúe como parte el beneficiario de la asistencia jurídica gratuita (art. 20 en relación con el art. 17 de la Ley 1/1996; en este sentido, entre otras resoluciones, ATS Sala Especial 8764/1998, de 10 de noviembre, ES:TS:1998:8764A).

270.- En conclusión, el apartado 5 del artículo 21 *bis* de la Ley 1/1996, en la redacción dada por el apartado tres de la Disposición final segunda ALOEI, no se adecúa a la Directiva 2016/1919 y vulnera los artículos 19.1 TFUE y 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, así como los artículos 24.1 y 106.1 de la Constitución.

II

271.- La Disposición final tercera tiene por objeto la modificación de la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado, con el fin de incorporar en nuestro Ordenamiento determinadas previsiones de la Directiva (UE) 2015/637 del Consejo de 20 de abril de 2015, sobre las medidas de coordinación y cooperación para facilitar la protección consular de ciudadanos de la Unión no representados en terceros países. En concreto, se introducen en la Ley 2/2014 tres nuevas disposiciones adicionales: la decimoséptima, que regula el derecho a solicitar protección consular de los españoles en aquellos países en los que España no tenga Oficina Consular o Misión Diplomática y de los ciudadanos de un Estado miembro de la UE en los países en los que el Estado de su nacionalidad carezca de representación; la decimoctava, que regula el ejercicio directo de la protección consular en Estados donde no haya Misión diplomática u Oficina consular; y la decimonovena, relativa al reembolso de los gastos ocasionados por el ejercicio de la protección consular.

VI.- CONCLUSIONES

PRIMERA.- El AL objeto de informe tiene por objeto, esencialmente, la incorporación al ordenamiento interno de la Directiva 2014/41/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la orden europea de



investigación en materia penal (D/OEI). La recepción interna de la D/OEI se lleva a cabo a través de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (LRM), a través de un nuevo Título X que sustituye al que hasta ahora se destina a regular el Exhorte Europeo de Obtención de Pruebas (EEP), cuya limitada eficacia ha determinado su abrogación y sustitución por la OEI.

Esta recepción en la LRM merece, en términos generales, un juicio favorable. En primer lugar, por cuanto, si bien de forma tardía, se incorpora al ordenamiento nacional la regulación de un instrumento tendente a dotar de virtualidad al sistema de cooperación judicial en materia penal, y en particular en materia de prueba transfronteriza, sobre la base del principio de reconocimiento mutuo, que, si en el plano normativo pone coto al carácter disperso y confuso de la regulación sobre la materia, incorporándose en un único instrumento normativo –tal y como demanda la Directiva–, en el plano material ha de servir para facilitar la libre resolución de resoluciones que tienen por objeto la realización de medidas de investigación y la obtención de la prueba transnacional en términos respetuosos con los principios fundamentales tanto del ordenamiento europeo como del ordenamiento interno, de forma que pueda ser válida en el procedimiento que se siga ante los tribunales nacionales.

Y en segundo lugar, porque la fórmula que ha elegido el prelegislador, incluyendo la regulación en la LRM en sustitución de la del EEP, es la más conveniente desde el punto de vista de técnica legislativa, en la medida en que la LRM constituye el marco normativo llamado a ser el crisol donde se incorpore y recoja la hasta entonces dispersa reglamentación en materia de reconocimiento de resoluciones en materia penal.

Al recibirse la D/OIE, conforme este planteamiento, en la LRM, se aprovecha la regulación del régimen general del reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE que se contiene en su Título preliminar, así como del régimen general de transmisión, reconocimiento y ejecución de los instrumentos de reconocimiento mutuo que se contiene en su Título I, si bien con las pertinentes modificaciones impuestas por la recepción de la regulación de la OEI.

SEGUNDA.- La regulación proyectada pretende llevar a cabo la transposición de la D/OEI de forma fiel y completa, y conforme a un esquema que sistemáticamente refleja las distintas fases de emisión y de reconocimiento y ejecución de la OEI. Este esquema se reproduce también



al regular las medidas de investigación específicas, lo que ha de redundar en la más fácil inteligencia y aplicación de la norma por el operador jurídico, que se encontrará situado, bien en el plano de la cooperación activa (la emisión y transmisión de la OEI), bien en de la cooperación pasiva (la recepción, el reconocimiento, la ejecución de la OEI y el traslado de la prueba obtenida).

TERCERA.- Aun cuando el AL tiene vocación de llevar a cabo la transposición completa de la D/OEI, este objetivo no se alcanza en toda su dimensión, pues ciertos aspectos relevantes de la norma internacional no encuentran reflejo en la regulación proyectada.

CUARTA.- El prelegislador, dentro del margen que le concede la Directiva, quiere apurar en lo posible la eficacia del principio de reconocimiento mutuo y dotar de la mayor virtualidad a la libre circulación de las resoluciones penales en materia de prueba transfronteriza, pero sin renunciar a los principios fundamentales del proceso penal en España y, en general, a la tutela de los derechos fundamentales que pudieran verse concernidos en la ejecución de la OEI. De ahí que convierta en imperativa la denegación del reconocimiento y ejecución cuando concurren las causas para ello, superando los términos potestativos en que se regulan los motivos de denegación en la Directiva. No obstante, el adecuado respeto del principio de defensa y de igualdad de armas en el proceso exige que la regulación proyectada se vea completada con aquellas normas que han de permitir al investigado y a la parte afectada por la medida de investigación, no solo promover, en su caso, su adopción, sino también el efectivo control de la resolución que la acuerda, el control de la medida adoptada, y el control del reconocimiento de la resolución y la ejecución de la medida.

QUINTA.- El prelegislador incorpora acertadamente el concepto y el objeto de la OEI conforme se definen en la D/OEI. La OEI, si bien comprende las pruebas existentes (artículo 186.1, último inciso, y artículo 1.1, segundo párrafo D/OEI), se proyecta fundamentalmente sobre las medidas de investigación que, siendo necesarias y proporcionadas, permitan obtener la prueba necesaria y proporcionada a los fines del procedimiento para el que se solicita [cfr. artículo 6.1 a) D/OEI y artículo 189.1 a) AL].

SEXTA.- Si bien la extensión de la OEI a todo tipo de medidas de investigación se ha recogido oportunamente en el apartado tercero del artículo 186 AL, la precisión relativa a que comprende todas las fases del procedimiento no se ha trasladado de forma expresa al AL, por lo que sería aconsejable su inclusión.



SÉPTIMA.- El AL no excluye del ámbito de la OEI de forma expresa la vigilancia transfronteriza, tal y como hace el Considerando (9) –que no se refleja en su articulado– de la D/OEI. La razón de esa exclusión radica en que este tipo de vigilancia se considera incluida en la cooperación policial, no judicial, que es ajena al marco objetivo de la OEI. Ahora bien, cabe reconocer que este tipo de vigilancia no siempre tiene carácter policial, pues puede consistir o comportar la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento y localización que requieran la autorización judicial (cfr. artículos 588 *bis* y *quinquies* LECrim). En tal sentido, sería dable sostener, sin violentar el ámbito material que se deriva de la D/OEI, que la OEI puede comprender este tipo de medidas en tanto que son adoptadas con intervención judicial.

OCTAVA.- El artículo 1.3 D/OEI establece que la emisión de una OEI puede ser solicitada por una persona sospechosa o acusada (o por un abogado en su nombre), en el marco de los derechos de la defensa aplicables de conformidad con el procedimiento penal nacional. Esta previsión remite, por tanto, a la regulación en el ordenamiento interno de la intervención de los investigados en el curso de las diligencias de investigación y en el proceso penal. Con independencia de que la intervención del Ministerio público en la obtención de la prueba transnacional esté guiada por la imparcialidad y la defensa de la legalidad, dada la trascendencia de los derechos y de los principios en juego era aconsejable que el prelegislador recogiera en la norma proyectada esta previsión, lo que hace en el artículo 189.1, al regular los requisitos para la emisión de una OEI –en análogos términos a los del actual artículo 191.1 LRM respecto del EEP–, cuya plena efectividad habrá de requerir, sin embargo, y en todo caso, la regulación de la asistencia letrada en los procesos transnacionales y en la obtención de la prueba transnacional.

NOVENA.- La atribución de la competencia para emitir una OEI en los términos previstos por la norma proyectada, que confiere competencia no solo a los jueces y tribunales, sino también a los fiscales en el marco de sus competencias en el proceso penal, y siempre que se trate de medidas no coercitivas o que afecten a derechos fundamentales, es respetuosa con la D/OEI y merece ser valorada positivamente.

Esta atribución competencial, tal y como está configurada, hace innecesario el trámite de validación previsto en los artículos 1.1 y 2 c) ii) de la Directiva, y se ha de entender sin perjuicio de las competencias del Ministerio de Justicia como autoridad central en sus funciones de auxilio a



las autoridades judiciales (artículo 6.2 LRM), en los términos previstos en el artículo 7.3 y 7 de la D/OEI.

Sería conveniente, con todo, que en el formulario de emisión de la OEI se hiciera constar, al indicar que la autoridad de emisión es el Ministerio Fiscal, que las medidas de investigación solicitadas no comportan la limitación de derechos fundamentales; lo que, por una parte, condiciona la eventual sustitución de la medida en el Estado de ejecución, pero sobre todo impide que en la ejecución de la medida no invasiva se adopten medidas que sí lo fueren, como puede suceder en el caso de declaraciones testificales y el empleo de medidas coercitivas o compulsivas sobre el testigo renuente a comparecer para prestar declaración, pues la práctica de la medida de investigación y la obtención de la prueba en tales términos podría afectar a su validez en el procedimiento seguido en España, donde no está contemplado el uso de medidas de coerción para la práctica de las declaraciones testificales en las diligencias de investigación del Fiscal.

DÉCIMA.- Es cuestionable que, *lege data*, y en el actual estado de cosas, la competencia para el reconocimiento y ejecución de la OIE que no contenga medidas restrictivas de derechos fundamentales y la competencia consultiva sobre los motivos de denegación de la orden y del ajuste a Derecho de las medidas solicitadas restrictivas de derechos se atribuya al Ministerio Fiscal.

Articular una competencia alternativa a la del juez de instrucción para la ejecución de medidas de investigación contenidas en OIE y residenciarla en el Ministerio Fiscal supone establecer un sistema de ejecución distinto en función del carácter transfronterizo de la medida de investigación y la prueba a obtener que no casa bien con el actual diseño del proceso penal ni con el régimen de cooperación judicial en materia penal.

En la actual configuración del proceso penal parece preferible que la autoridad de reconocimiento y ejecución de la OEI se residencie en un órgano jurisdiccional, y no en el Ministerio Fiscal.

DECIMOPRIMERA.- La atribución de la competencia objetiva y territorial de los órganos jurisdiccionales competentes para la ejecución de la OEI que contempla el artículo 187.3 del AL parece adecuada: corresponderá al juez de instrucción o de menores donde deban practicarse las medidas de investigación. En el supuesto de que no pudiera ser aplicable la conexión territorial del lugar de ejecución de la medida cabría articular la competencia en torno a otras conexiones alternativas posibles, como el lugar de residencia de las personas afectadas por ella. También, en el caso



de medidas relativas a cuentas bancarias (artículo 26 D/OEI y 217 y 218 AL), si el titular de la cuenta no está domiciliado o reside en España, la competencia territorial podría articularse en torno a la conexión consistente en el lugar donde radique la sede social de la entidad. La previsión de otras conexiones alternativas parece encontrarse implícita en el apartado a) del artículo 187.3 AL, cuando alude al caso de que *"no hubiera ningún elemento de conexión territorial"*, sin limitarse, por tanto, a la consistente en el lugar donde deba practicarse la medida de investigación; no obstante, parece más adecuado contemplar de manera expresa la posibilidad de conexiones alternativas al lugar de ejecución de la medida.

DECIMOSEGUNDA.- El último inciso del apartado a) del artículo 187.3 AL establece, en los casos en los que no concurre elemento de conexión territorial alguno, que la competencia corresponderá a los Jueces de Instrucción de Madrid. La regla de competencia quiere funcionar a modo de elemento de cierre en evitación de situaciones claudicantes. Pero este riesgo de ausencia de conexiones territoriales se limitaría si se contemplasen de forma expresa otras conexiones alternativas posibles distintas de la del lugar donde haya de practicarse la medida. Por otra parte, aun cuando responde a una opción del prelegislador, la atribución de la competencia en tales casos a los Juzgados de Instrucción de Madrid no se encuentra suficientemente justificada, siendo preferible que se sitúe en los Juzgados Centrales.

Por lo demás, puede entenderse razonable la atribución de la competencia a los Juzgados Centrales de Instrucción cuando se trata de medidas de investigación contenidas en una OEI emitida, además de por el delito de terrorismo, por alguno de los delitos cuyo enjuiciamiento compete a la Audiencia Nacional, como los delitos contra la salud pública o las defraudaciones, caracterizados por estar afectada una generalidad de personas o por producir sus efectos en el territorio de más de una Audiencia (cfr. artículos 65 y 88 LOPJ).

DECIMOTERCERA.- Deben valorarse positivamente las previsiones relativas al cambio sobrevenido del lugar donde deba practicarse la medida de investigación, que no alterará la competencia del órgano judicial que hubiese acordado el reconocimiento y ejecución de la OEI, conforme a la regla general de la litispendencia, y a los casos en los que en la OEI se solicitasen diversas medidas de investigación que deban practicarse en lugares distintos, supuestos en los que el órgano judicial que resulte competente para conocer de una de ellas lo será también para las restantes, aunque deban ejecutarse fuera de su circunscripción (artículo



187.3, párrafos sexto y séptimo), concentrándose la competencia en un único órgano, en evitación de reenvíos sucesivos.

DECIMOCUARTA.- La regulación general que contiene el artículo 8 LRM sobre la transmisión de órdenes y resoluciones al amparo del principio de reconocimiento mutuo debe completarse con la previsión de la posibilidad de transmitir la OEI utilizando el sistema de comunicaciones de la RJE, como se establece en la Decisión 98/428/AI del Consejo (Acción común 98/428/AI, de 29 de junio de 1998, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del TUE, por la que se crea una red judicial europea, DO L 191, de 7.7.1998), y de prever la eventualidad de que la OEI deba ser remitida sucesivamente a diferentes Estados de ejecución.

DECIMOQUINTA.- En el formulario del Anexo XIII no se reserva un apartado para identificar la autoridad de ejecución. Sí se incluye en el formulario del Anexo XIV –relativo a la conformación de la recepción de la OEI–, pero sería aconsejable que figurara también en el formulario de emisión.

En la sección relativa a los tipos de procedimiento respecto de los que cabe la emisión de la OEI (sección F del formulario del Anexo XIII), en el apartado c), se indica erróneamente “procedimientos incoados por una autoridad judicial por actos o hechos delictivos...”, cuando, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 c) D/OEI debería referirse a “procedimientos incoados por autoridades judiciales por hechos tipificados en el Derecho interno del Estado de emisión por ser infracciones de disposiciones legales...”.

En la sección J, “Recursos”, debería contemplarse la situación de que, de ser el fiscal la autoridad de emisión, contra el decreto que dicte no cabe recurso alguno por virtud de lo dispuesto en el artículo 13.4 LRM, información relevante en el Estado de ejecución a la hora de acordar el reconocimiento y llevar a cabo la ejecución de la medida en contemplación de los derechos de defensa del investigado o acusado.

En la Sección L se consignaran los datos de la autoridad judicial que haya validado la OEO. El formulario utiliza la expresión “legitimado”, cuando es más correcto el empleo del término “validado”, como hace a continuación al referirse a la denominación oficial de la entidad validadora.

DECIMOSEXTA.- El apartado f) del artículo 188.1 AL, que incluye en el contenido de la OEI las formalidades y procedimientos cuya observancia la



autoridad de emisión solicita que sean respetadas por el Estado de ejecución, sirve para dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 2 d) y 9.2 de la Directiva.

DECIMOSÉPTIMA.- Una más adecuada vinculación de los presupuestos de la emisión de la OEI a las exigencias derivadas del respeto de los derechos fundamentales, y un mejor cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 1.4 y 6.1 a) de la Directiva, aconseja que el artículo 189.1, al enunciar el requisito que contiene las condiciones de necesidad y proporcionalidad, se complete con la alusión a tales derechos, como hace este último precepto de la Directiva.

DECIMOCTAVA.- El sistema que contempla la D/OEI, al situar el control de la proporcionalidad, necesidad y legalidad de la medida de investigación solicitada en la autoridad de emisión, pero sin excluir de forma absoluta el control de tales presupuestos por la autoridad de ejecución, es el que se acoge implícitamente en la norma proyectada, al incorporar convenientemente los preceptos de la Directiva que contienen los presupuestos de emisión de la OEI y los motivos de sustitución, de imposibilidad de ejecución y de denegación de la Orden.

DECIMONOVENA.- Con relación a la regulación de la emisión de la OEI en el AL cabe hacer, además, las siguientes observaciones:

- a) El artículo 189.1 permite que la OEI sea adoptada a instancia de parte, lo que debe entenderse como comprensivo de todas las partes del proceso. Se satisface, de este modo, los principios de defensa e igualdad de armas en el proceso, en punto a la obtención de la prueba transfronteriza. Cabría considerar, sin embargo, la conveniencia de que, fuera de aquellas actuaciones declaradas secretas, se articule un trámite de audiencia previo a la emisión, fundamentalmente cuando se haya solicitado a instancia de una parte, y específicamente cuando se vaya a adoptar la decisión de no emitir la OEI solicitada por no concurrir los presupuestos precisos para ello.
- b) Relacionado con lo anterior, es necesario prever el recurso contra la decisión de no emitir la OEI, con la pertinente modificación del artículo 13 LRM, que solo contempla el recurso contra la resolución por la que se acuerde la transmisión de un instrumento de reconocimiento y ejecución.



- c) Sería conveniente incorporar a la regulación que contiene el artículo 13 LRM sobre los recursos contra las resoluciones de transmisión de instrumentos de reconocimiento mutuo las específicas previsiones que se contienen en el artículo 14 D/OEI respecto de este concreto instrumento, en particular las relativas a la competencia exclusiva de las autoridades del Estado de emisión para conocer la impugnación de una OEI por motivos de fondo, la información sobre los recursos admisibles y el plazo de interposición –salvo que socave la confidencialidad de la investigación-, las medidas para la plena efectividad del derecho a recurso y el efecto no suspensivo de los recursos interpuestos (cfr. artículo 13.2, 3, 4, 5 y 6 D/OEI).
- d) Convendría asimismo considerar la específica situación de la irrecurribilidad de las decisiones del Ministerio Fiscal (artículo 13.4 LRM). En estos casos, sería dable permitir que el recurso contra la OEI por motivos de fondo –incluyendo las condiciones de emisión, el tipo de procedimiento y la competencia para emitir la Orden- se diera no solo en el Estado de emisión, sino también en el Estado de ejecución, trasladándola al artículo 24 de la LRM, posibilidad que abre el último inciso del apartado segundo del artículo 16 de la Directiva, que deja a salvo las garantías de los derechos fundamentales en el Estado de ejecución.

VIGÉSIMA.- El apartado tercero del artículo 189 contiene una norma que incorpora una regla que afecta a la validez de los actos de investigación realizados en el Estado de ejecución, y por consiguiente, de la prueba obtenida con ellos. Su ubicación sistemática en el artículo que contiene los requisitos para la emisión de una OEI no es la más adecuada: no se trata de regular los presupuestos de validez de la OEI, sino de regular la validez en el Estado de emisión de las medidas de investigación y de la prueba transnacional obtenida en el Estado de ejecución. Desde un punto de vista sistemático sería más correcto, por tanto, que este precepto se contuviera en un artículo independiente, diferenciado del relativo a los requisitos de emisión de la OEI.

Los criterios de validez de la prueba obtenida en ejecución de la OEI, tal y como han sido configurados por la jurisprudencia nacional y europea, deberían reflejarse en el precepto analizado –más allá de la genérica previsión del artículo 3 de la LRM-, cuya redacción se habría de completar con la alusión, junto a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico español, de los del Derecho de la Unión, particularmente los



contenidos en el artículo 6 TUE y en la Carta, conforme han sido interpretados por el TJUE.

VIGESIMOPRIMERA.- La solicitud de participación de la autoridad española competente para la emisión de la OEI en la ejecución de la misma se recoge en el artículo 191 en términos análogos a los del artículo 9.4 D/OEI, si bien dicha participación parece limitada a la autoridad de emisión –la Directiva autoriza a solicitar la participación de *"una o varias autoridades del Estado de emisión"*-. La solicitud de participación podría extenderse de manera expresa, no solo a la autoridad de emisión, sino también a las autoridades del Estado de emisión, siempre con la limitación de que estuvieran facultadas para participar en la ejecución de las medidas en un caso interno similar.

La norma proyectada no precisa el alcance de la participación, como hace el artículo 9.4 D/OEI, que indica que dicha asistencia lo será *"para apoyar a las autoridades competentes del Estado de ejecución"*; lo que, sin embargo, no debe entenderse como un exceso en la transposición de la norma europea, pues el objeto de la participación está limitado por la exigencia de que lo sea de la misma forma que hubiera tenido lugar en la ejecución de la medida en el territorio nacional.

Al contemplar la remisión directa de las pruebas a la autoridad competente española, debería añadirse *"siempre que sea posible con arreglo al Derecho del Estado de ejecución"*, asegurándose de ese modo la licitud de dicha transmisión conforme a la *lex loci*.

VIGESIMOSEGUNDA.- La regulación de la participación de las autoridades del Estado de emisión en la ejecución de la OEI en España es asimismo acorde con las previsiones de la Directiva. Debería, sin embargo, tener traslación al ordenamiento interno el régimen de responsabilidad establecido en el artículo 18 de la Directiva, que no se satisface con la previsión sobre indemnizaciones y reembolsos que se contiene en el artículo 26 de la LRM.

VIGESIMOTERCERA.- La obtención de pruebas en ejecución de la OEI, el principio de especialidad en su obtención, y el derecho a la protección de datos de carácter personal aparecen interrelacionados en el artículo 193, pero esta relación no redunda en una mayor claridad de la norma. El texto proyectado destina la Disposición adicional única a la protección de datos de carácter personal obtenidos como consecuencia de la emisión o ejecución de la OEI, que, según indica, *«estarán protegidos de conformidad con lo*



dispuesto en la normativa española de protección de datos»; previsión insuficiente, en la medida en que habrá de tenerse presente, no solo el ordenamiento interno –la LOPD y la LOPJ (artículos 136 *bis* a 236 *decies*), en la medida en que se trate de datos de carácter jurisdiccional-, sino también la Directiva (UE) 2016/680, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección y enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales y a la libre circulación de dichos datos (DOUE L 119, de 4.5.2016), por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal (DO L 350, de 30.12.2008).

VIGESIMOCUARTA.- Resulta más conveniente diferenciar el principio de especialidad de las pruebas obtenidas en ejecución de la OEI, concebido con carácter general y que aparece vinculado en el artículo 19 D/OEI a la confidencialidad de la OEI, y dicho principio proyectado sobre la protección de datos de carácter personal, que se rige por parámetros propios derivados de su propia naturaleza y su específica regulación, que explicarían la excepción del principio de especialidad desde la óptica de las disposiciones que rigen el tratamiento de dichos datos. Se trataría, por tanto, de distinguir la confidencialidad en el plano del reconocimiento mutuo de resoluciones penales en materia de prueba transfronteriza y la obtención de dicha prueba, del tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales y la libre circulación de dichos datos, que tiene su regulación específica en la mencionada Directiva 2016/680, y en lo que no resulte de aplicación, en el Reglamento 2016/679.

De este modo, el principio de especialidad en la obtención de las pruebas en ejecución de la OEI, en los términos previstos en el artículo 19.3 D/OEI, debería contemplarse separadamente del proyectado sobre los datos personales, incluyendo en aquel las excepciones previstas en el citado artículo 19.3 de la D/OEI, a saber, que la autoridad de ejecución autorice la utilización de la prueba en procesos distintos –presumiéndose dicha autorización- y el Derecho interno lo permita, como de suyo hace, si bien de forma asistemática, el artículo 213.2 ALOEI.

El tratamiento de datos personales a los fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales y a la libre



circulación de dichos datos, por su parte, debe remitirse a la regulación contenida en la Directiva 2016/680 y a la norma interna por la que se transponga, y en lo que no resulte aplicable, al Reglamento 2016/679 y a la norma nacional por la que se adapte el mismo. Coherentemente, la Disposición adicional única del AL debe indicar que los datos de carácter personal obtenidos como consecuencia de la emisión o ejecución de una OEI estarán protegidos de conformidad con lo dispuesto en normas del Derecho de la Unión Europea que resulten de aplicación y en la normativa española de protección de datos de carácter personal, en la que se incluye la contenida en los artículos 236 *bis* a 236 *decies* de la LOPJ, en atención al carácter jurisdiccional de los datos.

VIGESIMOQUINTA.- Con relación a la regulación de la emisión de una OEI cuyo objeto sea el traslado desde España de una persona privada de libertad, o el traslado a España de una persona privada de libertad, cabe hacer las siguientes consideraciones:

- a) Queda al margen de esta específica regulación el traslado temporal de personas privadas de libertad cuando tenga por objeto su enjuiciamiento. En tales casos, será de aplicación la DM/EODE. Esta previsión no se contiene en el articulado de la D/OEI, pero sí en su Considerando (25), por lo que su implementación en el texto proyectado merece favorable acogida.
- b) El acuerdo entre autoridades sobre las disposiciones prácticas relativas al traslado y sobre las condiciones de privación de libertad, con inclusión de las fechas de salida y regreso, y teniendo en cuenta las condiciones físicas y mentales de la persona de que se trate, así como el nivel de seguridad requerido en España, se erige en presupuesto necesario para la emisión de la OEI, por lo que esta no debería tener lugar -y paralelamente, debería denegarse su reconocimiento y ejecución- a falta de un acuerdo completo sobre todas las condiciones del traslado, que debería tener su reflejo en la correspondiente resolución suficientemente motivada, a efectos de su eventual control.
- c) Aun cuando no son supuestos habituales en la práctica, debería contemplarse el específico caso en que sean tres, y no dos, los Estados concernidos (el Estado de emisión, el Estado de ejecución -el encargado del traslado- y un tercer Estado en el que deba practicarse la medida de investigación -una entrada y registro en el domicilio del investigado en ese tercer Estado, por ejemplo-).



- d) Convendría dejar claro que esta medida es aplicable tanto a investigados o encausados privados de libertad como a quienes, estando en esa situación, deban intervenir como testigos en el proceso seguido en el Estado de emisión.

VIGESIMOSEXTA.- Sería aconsejable que en el artículo 38 LRM se conectase con los artículos 196 y 197, y contemplase la práctica de la declaración a través de una OEI.

Respecto de la declaración de testigos y peritos por conferencia telefónica, el apartado segundo del artículo 197.2 se refiere a la ejecución de la medida, por lo que sistemáticamente, según la estructura normativa elegida por el prelegislador, no es este el lugar apropiado para recoger este precepto, que, por lo demás, ya se contiene en el apartado sexto del artículo 216 AL, en el que se recogen las específicas disposiciones sobre la ejecución de esta medida, con remisión a las establecidas para la comparecencia por videoconferencia u otros medios de transmisión audiovisual.

VIGESIMOSÉPTIMA.- El prelegislador ha transpuesto casi en su literalidad los preceptos de la Directiva referidos a las condiciones de emisión de las OEI que tiene por objeto obtener información sobre cuentas y operaciones bancarias y financieras, respecto de las cuales no cabe sino precisar que, como indican los apartados cuarto y tercero, respectivamente, de los artículos 26 y 27 D/OEI, dicha información solo se podrá recabar y obtener en la medida en que obre en poder del banco o la entidad financiera correspondiente, lo que convendría se incluyese en los preceptos del AL analizados. Conviene además tener en cuenta que el concepto de "*entidad financiera*" debe ser interpretado conforme al concepto autónomo definido en el artículo 3 de la Directiva 2005/60/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo; y que los "*datos*" de una cuenta especificada de cuya obtención se trata incluyen al menos el nombre y el domicilio del titular, los pormenores de los poderes de representación otorgados sobre esa cuenta y cualesquiera otros detalles o documentos que haya suministrado el titular en el momento de la apertura de la cuenta y que obren todavía en poder del banco. Estas precisiones deberían quedar incorporadas a las normas internas de transposición de la D/OEI.

VIGESIMOCTAVA.- Respecto de la regulación de las condiciones específicas de la emisión de una OEI para la obtención de pruebas en



tiempo real, de manera continua y durante un determinado periodo de tiempo, se ha de abundar en la necesidad de que en la norma interna se incorporen las disposiciones relativas a la responsabilidad por los actos de los funcionarios del Estado de emisión que se encuentran en el territorio del Estado de ejecución (artículos 17 y 18 de la Directiva), dejando a salvo el régimen jurídico de los agentes encubiertos, respecto del cual el apartado cuarto del artículo 29 D/OEI prevé de manera específica que quedará sometido a las condiciones convenidas entre los Estados de emisión y de ejecución, ateniéndose a sus respectivos Derechos internos y procedimientos nacionales.

VIGESIMONOVENA.- Los artículos 202 y 204 contienen el régimen especial de las OIE que tienen por objeto la intervención de las comunicaciones, bien con asistencia técnica (artículo 202), ya sin ella (artículo 204). El régimen específico de estas medidas se encuentra en los artículos 30 y 31 D/OEI, cuyo Considerando (30) puntualiza que una OEI emitida con el fin de obtener datos históricos de tráfico y de localización de las telecomunicaciones debe tratarse con arreglo al régimen general de ejecución de la OEI. Esta precisión, que sin embargo no tiene su reflejo en el articulado de la Directiva, es relevante a la hora de determinar el ámbito de aplicación de las condiciones específicas de emisión de la OEI previstas en los artículos 202 y 204, por lo que debería incorporarse al texto proyectado.

Sería conveniente añadir que la forma de ejecución de estas medidas podrá consistir en la transmisión inmediata de las telecomunicaciones al Estado de emisión, o la intervención, registro y ulterior transmisión del resultado de la intervención al Estado de emisión (de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30.6 de la D/OEI).

TRIGESIMA.- Cuando se trata de la intervención de las telecomunicaciones sin asistencia técnica, en esta fase de emisión de la OEI únicamente deberá considerarse la notificación a la autoridad competente del Estado donde se encuentra la persona objeto de la investigación, que se llevará a cabo en el formulario contenido en el anexo XV del AL. El artículo 204 AL transpone de forma casi literal el artículo 31.1 D/OEI. La regulación interna se complementa con la previsión de las actuaciones subsiguientes a que el Estado notificado comunique a la autoridad española que, por no estar autorizada la intervención en un caso interno similar, no podrá efectuarse la misma o se pondrá fin a la misma, y si fuera necesario, que no podrá utilizarse el materia obtenido, en cuyo caso la autoridad española ordenará su destrucción. Cabe, con todo, que la autoridad del Estado notificado



comunique que el material obtenido solo puede ser utilizado *en determinadas condiciones*, a las cuales deberá ajustarse la autoridad de emisión, previsión esta que se contiene en el artículo 31.3 b) de la D/OEI, y que debería incorporarse a la norma interna.

TRIGESIMOPRIMERA.- Las condiciones para la emisión de una OEI que tenga por objeto adoptar medidas de aseguramiento de prueba se reseñan en el artículo 203 AL, que incorpora las disposiciones de los apartados primero, tercero y cuarto del artículo 32 D/OEI. Debería aclararse, sin embargo, si las medidas de aseguramiento comprenden no solo las encaminadas a la obtención de la prueba, sino también las que tienen por finalidad el decomiso ulterior del bien, tal y como parece desprenderse del último inciso del artículo 223 AL. La adecuada convivencia de la OEI y el EPYAP –recuérdese que la D/OEI no deroga íntegramente la DM/EPYAP– conduce a considerar que quedan dentro del ámbito de la OEI aquellas medidas cautelares sobre bienes adoptadas con la finalidad de aseguramiento de la prueba, aunque después dicho bien pueda ser objeto de decomiso; por el contrario, quedarían al margen de ella las medidas cautelares sobre objetos que no tengan valor probatorio, o que no puedan integrar un elemento de prueba en el proceso penal.

TRIGESIMOSEGUNDA.- Desde un punto de vista de estricta técnica legislativa, parece más correcto denominar al Capítulo III, y a las secciones que lo componen, “*Reconocimiento y ejecución*” de la OEI, “*Régimen general del reconocimiento y ejecución*” de la OEI, y “*Reconocimiento y ejecución*” de OEI con medidas específicas de investigación, respectivamente.

TRIGESIMOTERCERA.- Parece aconsejable la reformulación del primer apartado del artículo 205 ajustándolo al contenido del artículo 9.1 y 2 D/OEI, así como al significado propio de los motivos de sustitución, denegación y aplazamiento de la OEI.

TRIGESIMOCUARTA.- El artículo 205.2 AL debería completarse previendo el supuesto en el que la OEI se haya emitido por una autoridad distinta del juez, de un órgano jurisdiccional, de un juez de instrucción o de un fiscal competente en el asunto de que se trate, y no contara con la validación de estos. En tales casos, lo procedente sería la devolución a la autoridad de emisión.

Por otra parte, debería tenerse en cuenta que en los supuestos en que la OEI estuviese emitida por un fiscal del Estado de emisión, con



competencia para ello, y contuviera medidas restrictivas de derechos fundamentales, la ejecución de la OEI –con arreglo al Derecho y a los procedimientos internos- habrá de precisar la autorización judicial en los casos en que así lo exija la ordenamiento nacional [cfr. artículo 2 d) D/OEI].

TRIGESIMOQUINTA.- El primer apartado del artículo 207 enuncia, en sentido positivo, los supuestos que determinarían la imposibilidad de ejecución de la OEI por no existir la medida en el Derecho interno o por no existir la medida para un caso interno similar, y no ser posible su sustitución por otra con el mismo resultado que la interesada (cfr. artículo 10.1 D/OEI y 203.3 AL). Ahora bien, para que este enunciado fuera completo sería preciso dejar a salvo la sustitución de la medida de investigación por otra menos restrictiva de los derechos fundamentales que procurase el mismo resultado que la medida interesada (artículo 10.3 D/OEI y artículo 207.2 AL), así como los supuestos de aplazamiento o suspensión de la ejecución (artículo 15 D/OEI y artículo 209 AL). Por otra parte, en términos de técnica legislativa, resultaría más adecuado sustituir la expresión *"diligencia de investigación"* por la de *"medida de investigación"*.

TRIGESIMOSEXTA.- La forma empleada por el prelegislador para transponer la D/OEI en punto a la regulación de la sustitución de las medidas de investigación (artículo 207, apartado primero, segundo párrafo, y apartados 2,3,4 y 5) genera un cierto grado de confusión, que proviene de no haberse ajustado a los términos de los artículos 9.1 y 2 y 10.1 de la Directiva y de erigir en presupuestos o requisitos para el reconocimiento y ejecución de la OEI lo que no son sino motivos de sustitución de las medidas de investigación interesadas. Por ello, se propone que el prelegislador, al tiempo que reformula el artículo 205, haga lo propio con el artículo 207, enunciando aquel bajo el título *"Reconocimiento y ejecución en España de una orden de investigación europea"*, y este bajo el epígrafe *"Sustitución de las medidas de investigación solicitadas en la orden europea de investigación"*; y, acomodando dicho régimen de sustitución a los dictados del artículo 10 de la Directiva, prever: i) la sustitución de las medidas interesadas cuando estas no existan o no existan para casos internos similares, siempre que no sean medidas de las llamadas privilegiadas (artículo 10.1 y 2 la D/OEI); ii) en todo caso, la posibilidad de la sustitución de las medidas interesadas por otras menos restrictivas de derechos fundamentales que permitan conseguir el mismo resultado; iii) previamente a la decisión de sustitución, la información a la autoridad de emisión a fin de que esta decida retirar o completar la OEI (artículo 10.4 D/OEI); y si esta no comunicase su decisión en uno u otro sentido en el plazo considerado, llevar a cabo la ejecución de la medida alternativa (tal y



como se contempla en el apartado cuarto del artículo 207 proyectado); y iv) la comunicación a la autoridad de emisión de la imposibilidad de proporcionar la asistencia requerida cuando la medida de investigación indicada en la OEI no exista en el Derecho nacional o no exista para un caso interno similar, y no pudiera ser sustituida por otra medida de investigación que permitiera obtener el mismo resultado que la medida solicitada.

TRIGESIMOSÉPTIMA.- En relación con la medida consignada en el apartado e) del artículo 207.1 -que, en rigor, no es en sí una medida, sino el resultado de la intervención de las telecomunicaciones para la identificación de los titulares de un número de teléfono o una dirección de IP-, y respecto de la cesión de datos de tráfico, debe tenerse presente la incidencia de la STJUE de 8 de abril de 2014, asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12, *Digital Rights Ireland y Seitlinger* (ECLI:EU:TJ:2014:238), que declaró la invalidez de la Directiva 2006/24/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE (DOUE L 105, de 13.4.2006), y que fue transpuesta por la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones.

El pronunciamiento del TJUE habría de conducir a reconsiderar la imposibilidad de sustituir esta medida cuando haya sido adoptada para la investigación de delitos no graves, determinándose la gravedad del delito conforme al derecho nacional.

TRIGESIMOCTAVA.- El artículo 208, que se intitula "*Denegación del reconocimiento y ejecución de la orden europea de investigación*", regula los motivos de denegación de la OEI en análogos términos a los del artículo 11 D/OEI, si bien contando con el apoyo que le proporcionan los artículos 32.1 y 20.1 de la LRM, el primero de los cuales recoge los motivos generales para la denegación del reconocimiento y ejecución de las medidas solicitadas en los instrumentos de reconocimiento mutuo, y el segundo las categorías de delitos respecto de los cuales no se predica el control de la doble tipificación.

La denegación del reconocimiento y la ejecución se contemplan respecto de la OEI y no respecto de las medidas de investigación solicitadas en ella, siendo posible considerar que, siendo varias las solicitadas, los motivos de denegación puedan darse respecto de unas y no respecto de



otras. Sería conveniente que el prelegislador contemplara la eventual concurrencia de varias medidas de investigación solicitadas en la OEI y la posibilidad de una denegación parcial del reconocimiento y ejecución de la OEI.

TRIGESIMONOVENA.- Se advierte la ausencia del motivo reseñado en la letra c) del artículo 11.1 D/OEI, a saber, cuando la OEI haya sido emitida para los procedimientos contemplados en el artículo 4 letras b) y c) –es decir, por infracciones de disposiciones legales- y la medida de investigación no estuviese autorizada, con arreglo al Derecho del Estado de ejecución, para un caso interno similar. La omisión de este motivo obedece, con toda seguridad, al modo en que el prelegislador ha redactado el artículo 207.1, que, como se ha visto, incorpora implícitamente el motivo de denegación consistente en la inexistencia de la medida en el Derecho nacional o la inexistencia para un caso interno similar. Convendría, dada la reformulación de este artículo que se propone, que se incluyese en el artículo 208.1 la causa de desestimación prevista en el apartado c) del artículo 11.1 D/OEI.

CUADRAGÉSIMA.- El artículo 208.1 se remite, en cuanto al *ne bis in ídem*, al artículo 32.1 a) de la LRM, como ya hiciera el actual artículo 198.1 LRM. Sería aconsejable que, al articular esta causa de denegación, al menos respecto de la OEI, se hiciera vinculando su definición a su conceptualización, no solo en las leyes, convenios y tratados internacionales en que España sea parte, sino específicamente a su regulación en la Carta y a la caracterización que se deriva de la jurisprudencia del TJUE, teniendo presente que:

- i) El concepto *bis in ídem*, como integrante de la causa de denegación del reconocimiento y ejecución de la OEI, no comprende la litispendencia, que en la D/OEI se considera como causa de aplazamiento de la ejecución (cfr. artículo 16.1 b), y
- ii) No debe operar cuando la autoridad de emisión haya dado garantías de que la prueba transferida como resultado de la ejecución de la OEI no se utilizará para enjuiciar o imponer una sanción a una persona cuyo caso haya sido objeto de una resolución final por los mismos hechos, o cuando vaya dirigida a establecer la existencia de un posible conflicto con el principio *ne bis in ídem*, a cuyos efectos la autoridad de ejecución española deberá recabar de aquella tales garantías [Considerando (17) D/OEI].

CUADRAGESIMOPRIMERA.- El motivo de denegación consistente en la inmunidad, que se contiene en el artículo 32.1 c) LRM, debe ser completado



con el levantamiento de la inmunidad regulado en el artículo 31 de la misma Ley. Debe retenerse que, como precisa el Considerando (20) de la D/OEI, no es un concepto autónomo y común en la Unión Europea, sino que debe ser definido por cada Derecho nacional, con el límite de que no puede interpretarse en el sentido de que se oponga a la obligación de suprimir determinados motivos de denegación establecidos en el Protocolo del Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados de la Unión (DO C 326, de 21.11.2001).

CUADRAGESIMOSEGUNDA.- El motivo de denegación relativo a la existencia de motivos fundados sobre la incompatibilidad de la medida de investigación con las obligaciones derivadas del artículo 6 TUE y de la Carta parte del presupuesto de que se presume, con presunción “iuris tantum”, que la medida no supondrá infracción de derechos fundamentales, tal y como se infiere de los Considerandos (18) y (19) de la D/OEI. Debe recordarse que, conforme la jurisprudencia del TJUE que se deriva del asunto Melloni, en materias armonizadas el nivel de protección de los derechos fundamentales es el que se deriva de la Carta y de la jurisprudencia del TJUE, y no del ordenamiento constitucional interno.

CUADRAGESIMOTERCERA.- La denegación por causa de ausencia de doble incriminación presenta dos excepciones, que se imponen desde el artículo 11.1 g) D/OEI: que la conducta que dio lugar a la emisión de la OEI no esté recogida en la categoría de delitos que figuran en el artículo 20.1 de la LRM, siempre que la pena o medida de seguridad prevista en el Estado de emisión para dicho delito sea de al menos tres años (artículo 208.1 d); y que no se trate de alguna de las medidas de investigación “privilegiadas” consignadas en el artículo 207.1 AL. La enumeración de delitos que se recoge en el artículo 20.1 de la LRM coincide –en la denominación que reciben en el derecho interno– con el listado contenido en el Anexo D de la D/OEI, con la única excepción de los delitos de violación de derechos de propiedad intelectual o industrial, que no se recogen en ésta, lo que debe ser tenido en cuenta por el prelegislador.

CUADRAGESIMOCUARTA.- El motivo de denegación consistente en que la medida esté limitada a una categoría de delitos o a un umbral punitivo –que no se aplicará cuando se trata de medidas privilegiadas (artículo 208.2 AL, en relación con el artículo 11.2 D/OEI)– puede dar lugar a un solapamiento con el supuesto de sustitución de la medida del artículo 207.3 AL consistente en que la medida interesada no exista en un caso interno similar, aunque no siempre se producirá esta coincidencia. Debería preverse esta posibilidad de coincidencia, y dejar claro que la denegación del



reconocimiento y ejecución de la OEI por este motivo procederá cuando no sea posible la sustitución de la medida interesada.

CUADRAGESIMOQUINTA.- El apartado segundo del artículo 213 se refiere a las obligaciones que pesan sobre la autoridad española como autoridad de emisión en orden a no desvelar información alguna facilitada por la autoridad de ejecución para ser utilizada en el procedimiento español, excepto en la medida en que su revelación sea necesaria para las investigaciones o procedimientos descritos en la OEI. La ubicación sistemática del precepto no es, por tanto, la adecuada, debiendo trasladarse a la sección primera del Capítulo II del texto proyectado.

CUADRAGESIMOSEXTA.- Debe incidirse en la necesidad de que el artículo 24 LRM, que establece el régimen general de recursos contra las decisiones sobre reconocimiento y ejecución de los instrumentos de reconocimiento mutuo, se complemente con las disposiciones de los apartados segundo y tercero del artículo 14 D/OEI, en concreto con la salvaguarda de las garantías de los derechos fundamentales en el foro, cuando se reserva la impugnación de la OEI por motivos de fondo a la autoridad de emisión, y con la información sobre las vías de recursos aplicables, los plazos de interposición y autoridades competentes ante las que han de interponerse.

CUADRAGESIMOSÉPTIMA.- El artículo 216 versa sobre la ejecución de OEI cuyo objeto es la comparecencia por video conferencia u otros medios de transmisión audiovisual y la declaración de testigos o peritos por conferencia telefónica. Reproduce el apartado primero los motivos de denegación específicos contenidos en el artículo 24.2 D/OEI, a saber, que el investigado o el acusado, cuando la diligencia se entiende con ellos, no preste su consentimiento, y que la ejecución de la medida sea contraria a los principios fundamentales del Derecho español.

El prelegislador ha prescindido del uso potestativo de las específicas causas de denegación de la OEI para la práctica de esta medida –como por lo general hace con los motivos de denegación– para imponer la denegación cuando concurren tales motivos (“la autoridad española competente *denegará...*”), lo que refuerza la excepcionalidad de la medida contrastada con los principios jurídicos fundamentales del ordenamiento interno.

CUADRAGESIMOCTAVA.- El apartado segundo del artículo 220 incorpora la regla de competencia legislativa contenida en el artículo 29.4 D/OEI, sometiendo al Derecho español la ejecución de la medida, dejando a salvo las condiciones concretas de su realización y el régimen jurídico de los



agentes intervinientes, que serán acordadas con la autoridad de emisión. Convendría añadir que tal acuerdo deberá alcanzarse ateniéndose a los respectivos Derechos internos y procedimientos nacionales, y que la competencia de la autoridad española se extenderá a la dirección y control de las operaciones.

CUADRAGESIMONOVENA.- La fijación del momento de aplicación de la nueva regulación en la transmisión por las autoridades españolas de la resolución por la que se acuerde la práctica de una medida de investigación, con independencia de que dicha resolución hubiese sido dictada con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley proyectada, aunque supone anticipar la aplicación de la Ley, presenta sin embargo la dificultad de acomodar la solicitud a las previsiones y al formulario del Anexo XIII a la nueva regulación de la OEI. Resulta más adecuado, por tanto, aplicar el nuevo régimen a las resoluciones que se adoptan tras la entrada en vigor de la OEI, y no desde que se transmite la solicitud a la autoridad de ejecución.

QUINCUAGÉSIMA.- El AL efectúa algunas modificaciones de cuestiones que, como indica la Exposición de motivos, era necesario adaptar en la LRM y que se han puesto de manifiesto durante su aplicación. Así pues, por una parte, se modifica el capítulo de ejecución de la orden europea de detención y entrega con vistas a adecuarlo a las exigencias de los derechos establecidos para el detenido por la Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, así como a los derechos recogidos en la Directiva (UE) 2016/800 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales.

Por otra, se adecua la norma a la existencia de la ORGA y su protagonismo adquirido en el marco del embargo y decomiso en España, con el objeto de mejorar la eficiencia de su actuación en el ámbito del reconocimiento mutuo, perfilando aspectos para mejor sujeción al articulado de la Decisión Marco 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso. Además, se modifica la norma para la transposición de algunos aspectos de la Directiva (UE) 2016/1919, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2016, relativa a la asistencia jurídica gratuita a los sospechosos y acusados en los procesos penales y a las personas buscadas en virtud de un procedimiento de orden



europea de detención, con vistas a garantizar la efectividad del derecho a la asistencia de letrado, financiada por los Estados miembros, a las personas buscadas en virtud de un procedimiento de orden europea de detención conforme a la Decisión Marco del Consejo 2002/584/JAI.

QUINCUAGESIMOPRIMERA.- Las reformas de carácter técnico ajustan el contenido de la LRM, por una parte, a las consecuencias derivadas de la introducción del nuevo Título X relativo a la OEI, tal y como ocurre con las efectuadas mediante los apartados primero, segundo y tercero del artículo único del Anteproyecto; otras tienen como finalidad rectificar inexactitudes en dos preceptos a través de los apartados noveno y décimo, así como especificar el ámbito de aplicación del Título VII a consecuencia de la ausencia de participación de Irlanda y Dinamarca en la D/OEI (apartado undécimo) y, asimismo, adaptar el contenido del LRM con determinadas disposiciones de la Directiva (UE) 2016/1919, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2016, relativa a la asistencia jurídica gratuita a los sospechosos y acusados en los procesos penales y a las personas buscadas en virtud de un procedimiento de orden europea de detención y de la Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad (apartados séptimo y octavo), con vistas a garantizar la efectividad del derecho a la asistencia letrada.

QUINCUAGESIMOSEGUNDA.- Entre las modificaciones que lleva a cabo el apartado cuarto del artículo único del Anteproyecto al artículo 14 de la LRM, relativo a los gastos ocasionados por la ejecución de una orden o resolución de reconocimiento mutuo transmitida a otro Estado miembro por la autoridad competente española, figura la transposición del apartado tercero a) del artículo 21 de la D/OEI de tal forma que, de no llegarse a un acuerdo entre el Estado de ejecución y el Ministerio de Justicia sobre gastos excepcionalmente elevados, la autoridad de emisión podrá decidir retirar total o parcialmente la OEI, sin que parezca contemplar el supuesto previsto en el apartado b) de la norma comunitaria, esto es, la posibilidad de que la autoridad de emisión decida que se mantenga la OEI y se sufrague la parte de los costes que se considera excepcionalmente elevada. De ello se deriva que, hipotéticamente, se pudiesen plantear supuestos en los que el objeto de la OEI fuese de gran relevancia para el proceso en el foro, o determinante para el adecuado funcionamiento de la Administración de Justicia, y no se pudiese cumplimentar por razones económicas, así como



de afectación de los derechos a la defensa, a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa y a la tutela judicial efectiva o de transposición incompleta de la Directiva 2014/41/CE.

QUINCAGESIMOTERCERA.- En el apartado cuarto del artículo 50 de la LRM que se incorpora por el apartado octavo del artículo único del AL debe sustituirse el término “detenida” por el de “privada de libertad”, para no limitar la previsión normativa a la estricta situación personal de la detención, y para extenderla a toda situación de privación de libertad, de forma coherente con los términos empleados en los artículos 194 y 195 del AL y en la Directiva 2013/48/UE.

QUINCAGESIMOCUARTA.- La atribución a la ORGA, mediante la modificación que el apartado duodécimo del artículo único del AL efectúa del párrafo segundo del artículo 165 LRM, de facultades para llegar a un acuerdo con el Estado de ejecución sobre el reparto de costes cuando hubiera intervenido en la gestión de los bienes decomisados y la ejecución de una resolución de decomiso hubiese conllevado gastos especiales, constituye un supuesto especial fundamentado en su integración orgánica en el Ministerio de Justicia y en las funciones y competencias que le han sido legalmente atribuidas, cuya ejecución le ha de dotar de una serie de relevantes elementos de conocimiento y valoración que posibiliten una negociación lo más adecuada y eficaz posible.

QUINCAGESIMOQUINTA.- La eliminación en el AL del vigente apartado tercero del artículo 172 LRM, que establece que *cuando de la ejecución de la resolución de decomiso resulten afectados bienes integrantes del patrimonio histórico español, el Juez de lo Pena en ningún caso procederá a su enajenación o restitución al Estado de emisión. En tal supuesto, lo comunicará a las autoridades españolas competentes y serán de aplicación las disposiciones de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español y su normativa de desarrollo*, no aparece fundamentada en la MAIN y ni determinada por el contenido de la Decisión Marco 2006/783/JAI del Consejo, cuyo artículo 16.3 no obliga al Estado de ejecución a enajenar o restituir bienes concretos objeto de la resolución de decomiso que formen parte de su patrimonio cultural nacional. Por tanto, de implicar la decisión del prelegislador la posibilidad de que por vía de ejecución de una resolución de decomiso puedan enajenarse o restituirse bienes del Patrimonio Histórico Español, la valoración habría de ser negativa por las perjudiciales repercusiones que podría implicar.



QUINCUAGESIMOSEXTA.- En cuanto a la supresión del apartado cuarto del artículo 172 de la LRM, que estipula que *el Estado español no reclamará al Estado de emisión el reembolso de los gastos que resulten de la ejecución de la resolución de decomiso. No obstante, si la ejecución de la resolución ha conllevado gastos que considera de índole sustancia o excepcional, el Juez de lo Penal lo comunicará al Ministerio de Justicia para que éste llegue a un acuerdo con las autoridades competentes del Estado de emisión sobre el reparto de costes*, habida cuenta del contenido del artículo 25 de la LRM, que ya regula el supuesto de los gastos ocasionados en territorio español por la ejecución de un instrumento de reconocimiento mutuo con la eventualidad que España hubiera incurrido en gastos excepcionales en ejecución de la resolución judicial de decomiso, así como a la introducción por el Anteproyecto en el apartado primero del artículo 172 de la cláusula *"en defecto de acuerdo con la autoridad de emisión"*, cabría atribuir la decisión del prelegislador a razones de carácter sistemático a fin de evitar redundancias innecesarias, por lo que habría de ser valorada positivamente.

QUINCUAGESIMOSÉPTIMA.- Se constata la existencia de un error material en la página 4 del Anteproyecto, concretamente en el último párrafo cuando indica que *"El apartado nueve del artículo único introduce un nuevo Título X en la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, que regula la orden europea de investigación, sustituyendo al exhorto, derogado por la normativa europea"* ya que este nuevo Título X figura incorporado mediante el apartado decimocuarto del artículo único.

QUINCUAGESIMOCTAVA.- En consonancia con la eliminación en el Anteproyecto de la referencia a los Secretarios Judiciales en los artículos 14 y 172.1 de la LRM, tal vez hubiera sido conveniente proceder a reemplazar la referencia que a los mismos se mantiene en los artículos 52.2, párrafo segundo, 58.6 y 175.1, párrafo segundo, por la de Letrado de la Administración de Justicia, habida cuenta del cambio de denominación derivado de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial el 1 de octubre de 2015.

QUINCUAGESIMONOVENA.- Los nuevos apartados tercero y cuarto del artículo 588 LEC son prácticamente idénticos a los apartados segundo y tercero del artículo 171 de la LGT, y el apartado tercero del artículo 588 LEC es también similar al artículo 96.1 b), regla 2ª, del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social. En tal sentido, y en la medida en que las normas proyectadas guardan coherencia con las señaladas disposiciones



de aquellos cuerpos normativos, ninguna objeción cabe hacer respecto de ellas.

Por otra parte, la expresa previsión de la aplicación de las limitaciones del embargo establecidas en el artículo 607 LEC a los importes de las cuentas bancarias en las que se ingrese el sueldo, salario, la pensión o la retribución del deudor o su equivalente evitará en gran medida la traba indiscriminada de tales cantidades más allá de las sumas permitidas en el señalado artículo 607 LEC, tomado como referencia las ingresadas en tales conceptos en el mes en curso, o en mes anterior.

En cualquier caso, la previsión contenida en el proyectado apartado tercero del artículo 588 LEC debe entenderse referida exclusivamente al alcance del embargo de cuentas abiertas a nombre de varios titulares, bien como titularidad indistinta con solidaridad activa frente al depositario, bien como titularidad conjunta mancomunada, alusiones estas a la solidaridad activa y mancomunidad que han de venir referidas a las relaciones entre depositantes y depositarios; y, además de que, según lo expuesto, no prejuzga la propiedad material de los fondos, ha de cohonestarse, y dejar a salvo, la regulación de la ejecución sobre bienes gananciales prevista en el artículo 541 LEC, así como lo previsto en el artículo 542 respecto de la ejecución frente al deudor solidario.

SEXAGÉSIMA.- La atribución a los Juzgados de Primera Instancia de la competencia en exclusiva, con exclusión de los Juzgados de lo Mercantil, para dictar una OERC no se encuentra suficientemente justificada. Podrán darse créditos en materias no concursales que sean de la competencia de los Juzgados de lo Mercantil ex artículo 86 ter LOPJ que den lugar a una solicitud de OERC –como por ejemplo los derivados de un contrato de transporte, o del ejercicio de acciones de responsabilidad contra administradores sociales-. En tales casos, la carga de trabajo –que pesa no solo sobre estos Juzgados, sino también sobre los de Primera Instancia- no puede ser razón para excluir la competencia de los Juzgados de lo Mercantil, cuando se trata de materias reservadas a estos por razón de su especialidad, y de la especialización del órgano y sus titulares.

SEXAGESIMOPRIMERA.- El prelegislador únicamente ha establecido la competencia para emitir una OERC relativa al crédito especificado en un documento público con fuerza ejecutiva. La regla de competencia de concibe en términos muy amplios, vinculada a la competencia para conocer del proceso de ejecución del título no judicial, incluyendo una gran diversidad de fueros, que parten del general del domicilio o residencia del



deudor, con arreglo a los cuales resulta razonable asignar la competencia para dictar la OERC, no previéndose que la norma, dada su amplitud, pueda permitir situaciones claudicantes.

SEXAGESIMOSEGUNDA.- El artículo 1, último párrafo, de la Ley 1/1996, en la redacción dada por el apartado uno de la Disposición final segunda ALOEI, establece un mandato a los aplicadores de la ley de tomar en consideración las necesidades específicas de las personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad que, por un lado, incorpora en nuestro Ordenamiento lo previsto en el artículo 9 de la Directiva 2016/1919 y, por otro lado, está en línea con la doctrina constitucional que exige garantizar la efectividad del derecho de defensa y asistencia letrada de las personas vulnerables.

SEXAGESIMOTERCERA.- El artículo 6.3 de la Ley 1/1996, en la nueva redacción dada por el apartado dos de la Disposición final segunda ALOEI, no solo da cumplimiento a lo previsto en la Directiva 2016/1919 al garantizar a los sujetos comprendidos en el ámbito de ampliación de la norma europea el acceso a la asistencia jurídica gratuita también en los procesos por delitos leves, sino que también se sitúa en línea con la doctrina constitucional sobre la efectividad del derecho de defensa en los supuestos en los que la Ley no establece como preceptiva la intervención de abogado.

SEXAGESIMOCUARTA.- El artículo 21 *bis* Ley 1/1996 introducido por el apartado tres de la Disposición final segunda ALOEI incorpora en nuestro ordenamiento lo previsto en el artículo 7.4 de la Directiva 2016/1919 con un ámbito subjetivo de aplicación más amplio, pues se reconoce el derecho a la sustitución del letrado designado a todos los beneficiarios de la asistencia jurídica gratuita. Mediante esta opción se posibilita en el ámbito de la asistencia jurídica gratuita el ejercicio del derecho de defensa, que incorpora el derecho a un abogado de libre elección, y se viene a paliar la insuficiencia de la regulación actual que no permite dar solución a los supuestos de contradicción de intereses entre defensor y defendido o de falta de confianza de éste respecto de aquel mediante la sustitución del letrado designado.

SEXAGESIMOQUINTA.- El apartado 4 del artículo 21 *bis* de la Ley 1/1996 establece un límite al ejercicio del derecho a la sustitución del abogado que se basa en la existencia de un abuso o ejercicio antisocial del mismo que resulta razonable y no desproporcionado, que está previsto expresamente en la Ley como causa de denegación y que comporta el mantenimiento de la defensa previamente designada. En este sentido, la causa de denegación



prevista por el prelegislador puede considerarse que satisface el estándar de protección derivado de los artículos 24.2 CE y 6.3.c CEDH.

SEXAGESIMOSEXTA.- El apartado 5 del artículo 21 *bis* de la Ley 1/1996 en la redacción del apartado tres de la disposición final segunda ALOEI merece una especial consideración. La imposibilidad de impugnar las resoluciones de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita sobre la sustitución de abogado solicitada por un sujeto pasivo de un proceso penal o una persona objeto de una orden europea de detención constituye una previsión normativa que no es conforme al Derecho de la Unión, en particular, al artículo 8 Directiva 2016/1919 en relación con el artículo 19 TFUE y artículo 47 de la Carta. La misma conclusión debe sostenerse a partir del derecho de acceso a la jurisdicción que forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial reconocido en el artículo 24.1 de nuestra Constitución, en conexión con la garantía del control jurisdiccional de la actividad administrativas previste en el artículo 106.1 del texto constitucional.

Es todo lo que el Consejo General del Poder Judicial tiene que informar.

Lo precedente concuerda bien y fielmente con su original al que me remito, y para que conste extiendo y firmo la presente en Madrid a 28 de septiembre de 2017.

Joaquín Vives de la Cortada Ferrer-Calbetó
Secretario General