



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO  
CONSEJO FISCAL**

**INFORME DEL CONSEJO AL ANTEPROYECTO DE LEY POR LA QUE SE MODIFICA  
LA LEY 23/2014 DE RECONOCIMIENTO MUTUO DE RESOLUCIONES JUDICIALES  
PENALES EN LA UNIÓN EUROPEA, PARA REGULAR LA ORDEN EUROPEA DE  
INVESTIGACIÓN**

**1. CONSIDERACIONES PREVIAS. 2. PROCEDENCIA DEL INFORME DEL CONSEJO FISCAL. 3. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL CONTENIDO DEL ANTEPROYECTO. 4. COMENTARIOS RELATIVOS A LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN LA PARTE GENERAL Y EN LOS TÍTULOS III, VII Y VIII Y PROPUESTA DE NUEVAS MODIFICACIONES. 4.1. Comentarios a las modificaciones introducidas en el Anteproyecto. 4.2. Propuestas de modificación de otros artículos de la Ley de Reconocimiento Mutuo. 5. COMENTARIOS RELATIVOS A LA MODIFICACIÓN DE LA ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ENTREGA Y PROPUESTAS DE NUEVAS MODIFICACIONES EN EL TITULO II DE LA LEY DE RECONOCIMIENTO MUTUO. 5.1. Comentarios a las modificaciones propuestas en el anteproyecto. 5.2. Comentarios proponiendo nuevas modificaciones en el Título II. 6. COMENTARIOS RELATIVOS A LAS MODIFICACIONES EN LA REGULACIÓN DEL TÍTULO X DEDICADO A LA ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACIÓN. 6.1. Comentarios generales. 6.2. Comentarios sobre el Capítulo I dedicado a las Disposiciones generales. 6.2.1. Necesidad de precisar el concepto de autoridad judicial competente y autoridad competente. 6.2.2. Comentarios sobre las autoridades competentes en España para emitir y ejecutar una orden europea de investigación. 6.3. Comentarios sobre el Capítulo II. Emisión y transmisión de una orden europea de investigación. 6.4. Comentarios al Capítulo III sobre ejecución de la orden europea de investigación. 6.5. Comentarios respecto a la disposición transitoria. 7. COMENTARIOS SOBRE LA MODIFICACIÓN DE LA LEY DE ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA. 8. CONCLUSIONES.**

**1. CONSIDERACIONES PREVIAS**

Mediante oficio de fecha 20 de Julio de 2017, que tuvo entrada en la Fiscalía General del Estado en la misma fecha, la Secretaria de Estado de Justicia remitió el *Anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley 23/2014 de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea, para regular la orden europea de investigación* (en adelante LRM), a efectos de emisión del preceptivo informe.



## FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

El texto se acompaña de una Memoria que recoge los correspondientes análisis de impacto normativo, económico, y de género.

### **2. PROCEDENCIA DEL INFORME DEL CONSEJO FISCAL**

El artículo 14.4, j) de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, *reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal* (en adelante, EOMF) atribuye al Consejo Fiscal la competencia de *informar los proyectos de ley o normas reglamentarias que afecten a la estructura, organización y funciones del Ministerio Fiscal*.

El texto remitido afecta muy directamente a la actividad del Ministerio Público español en cuanto que se regula su actividad tanto como emisor de Órdenes Europeas de Investigación (en adelante, OEI) como en su reforzado rol de receptor y ejecutor de aquéllas.

### **3. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL CONTENIDO DEL ANTEPROYECTO**

El texto, precedido por una exposición de motivos, se estructura en un artículo único con dieciséis apartados, una disposición adicional única, una disposición transitoria única, seis disposiciones finales y cuatro Anexos, el primero con la modificación para corrección de errores del anexo relativo a la orden europea de protección y los otros tres relativos a la OEI.

El núcleo central del anteproyecto se encuentra en el apartado nueve, que introduce una completa regulación del Título X de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, desarrollando la OEI en materia penal y sustituyendo la regulación del actual Título X dedicado al exhorto europeo de obtención de pruebas, que ya fue derogado por el Reglamento (UE) 2016/95 del Parlamento Europeo y del Consejo,



## FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

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* y que, en su contenido esencial, viene a ser sustituido por el desarrollo de la Directiva 41/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de Abril de 2014 *relativa a la orden europea de investigación en materia penal* que debería haber estado implementada en las legislaciones nacionales el 22 de Mayo de 2017.

El nuevo Título X sigue coordinadamente la estructura general de la Ley. Comienza con un capítulo de cuestiones generales, seguido de un capítulo dedicado a los aspectos activos para la emisión de una OEI, y de otro para la regulación del reconocimiento y ejecución de las OEI recibidas en España. Cada uno de estos dos últimos capítulos se divide en dos secciones, una para la regulación general y otra para la regulación de las órdenes que contienen medidas específicas de investigación.

En concordancia con la eliminación general del exhorto se sustituye el Anexo XIII, relativo al aquella figura para sustituirlo por los tres nuevos anexos relativos a la orden europea de investigación.

Además de la regulación de la OEI, el APL modifica otros artículos de la LRM, en parte para la incorporación de otras normas europeas y en parte para solventar algunos errores observados en su texto.

Pese a que el título del anteproyecto hace solo referencia a la modificación de la LRM para la regulación de la OEI, el texto del anteproyecto incorpora al derecho español otras normas europeas, algunas con relación con el procedimiento penal y otras completamente ajenas a éste.



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO**  
**CONSEJO FISCAL**

El texto modifica en primer lugar el Título II de la LRM dedicado a la orden europea de detención y entrega (en adelante, OEDE), con el objeto de realizar una adecuación del derecho a la asistencia letrada a los detenidos para cumplir con las obligaciones impuestas 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*, así como para incorporar 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*. En el mismo orden de cuestiones se introducen previsiones en la regulación de la orden europea de detención y entrega para la transposición 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*. Coordinadamente en la disposición final segunda se adapta la Ley 1/1996, de 10 de enero, *de Asistencia Jurídica Gratuita* para responder a la misma transposición.

Junto a estas modificaciones, que se refieren esencialmente a las normas de reconocimiento mutuo o a normas relacionadas con la cooperación penal, como es la modificación de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita antes mencionada, se introducen en el texto modificaciones de dos normas que nada tienen que ver con el objeto principal de este anteproyecto. La primera la modificación de la Ley 1/2000 de 7 de enero *de Enjuiciamiento Civil* para la aplicación del *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*, lo que se realiza en la disposición adicional primera del anteproyecto y la segunda, en la disposición adicional tercera con la modificación de la Ley



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO**  
**CONSEJO FISCAL**

2/2014, de 25 de marzo, *de la Acción y del Servicio Exterior del Estado* con el objeto de transponer la Directiva 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*. Ambos aspectos quedan fuera de este informe por no afectar a la estructura, organización y funciones del Ministerio Fiscal.

Acotado entonces el objeto de este informe a lo que realmente se refiere a las distintas normas que afectan al reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y especialmente a la OEI, debemos empezar compartiendo el acierto de incluir la transposición de la Directiva 41/2014 en la Ley 23/2014 *de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales penales de la UE*.

Efectivamente, esta Directiva no contiene sino una nueva e importantísima incorporación al principio de reconocimiento mutuo de las decisiones judiciales relativa a la realización en otro país de la UE de las medidas investigación penal. La transposición del fallido intento que supuso el exhorto europeo figuraba en el Título X de esta ley y, una vez derogado este instrumento y sustituido y ampliado por el nuevo régimen que crea la Directiva 41/2014 con la OEI, parece lógico proceder a reemplazar su regulación en el mismo Título X para sustituirlo por el nuevo instrumento. También compartimos la necesidad de modificación expresa del resto del articulado de la parte general de la LRM para suprimir todas las menciones al exhorto que se refieren ahora a la OEI. Concretamente estas modificaciones, que afectan exclusivamente a la denominación del instrumento, se encuentran en los arts. 2.2 i), 7.1, 12,14, 25.3 y 27 LRM y se contienen en los apartados 1 a 6 del artículo único del anteproyecto.



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO**  
**CONSEJO FISCAL**

Parece igualmente necesaria la previsión del apartado 11 del anteproyecto para la introducción de un nuevo apartado 4 al art. 143, en el Título VII relativo al *reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo preventivo y aseguramiento de pruebas* para confirmar que, efectivamente, la OEI sustituye también parcialmente a este instrumento y concretamente en todo lo relativo al aseguramiento de pruebas. A partir de la entrada en vigor de la OEI solo podrá acudir a las normas de este Título VII cuando se dirijan a o provengan de alguno de los Estados miembros que no están vinculados por la OEI (Irlanda o Dinamarca). El resto de los casos se tramitan ya a través de la nueva OEI y conforme a lo dispuesto en el nuevo Título X.

También parece oportuno y conveniente aprovechar esta ocasión en la que se va a reformar la LRM para abordar aquellos aspectos que requieren una modificación, aunque no derive directamente de la Directiva 41/2014, sino de otras normas europeas como es la cuestión de la nueva regulación de la asistencia letrada en relación con la orden europea de detención y entrega.

Igualmente valoramos positivamente la corrección de errores del Anexo relativo a la orden de protección o la modificación que se contiene de otros artículos que la LRM a los que la exposición de motivos se refiere como *pequeños ajustes de cuestiones surgidas durante la vigencia de la ley y que es necesario actualizar o corregir*.

Sin embargo, creemos que han sido identificados algunos defectos en la aplicación de la la LRM y no podemos dejar la ocasión de poner de manifiesto expresamente en este informe su existencia y urgente necesidad de corrección.

Aunque el criterio que plasma la exposición de motivos sea realizar la mínima reforma de la actual normativa, carecería de sentido modificar solo alguno de los



## FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

artículos y olvidar otras cuestiones que merecen la misma o incluso prioritaria atención. La ocasión que ofrece la modificación general de esta norma no debe ser desaprovechada para la solución de problemas que pueden y deben ser solucionados con la máxima urgencia.

A la hora de realizar nuestros comentarios se tratarán separadamente las diferentes cuestiones. Por un lado, y siguiendo el orden del anteproyecto, se abordarán las modificaciones relativas a la parte general introduciendo, como decíamos, propuestas de modificación de otros artículos que no están contempladas en el anteproyecto. En segundo lugar los temas relativos a las modificaciones de la orden europea de detención y entrega y por último los temas relativos a la OEI. Finalmente se hará un comentario sobre las modificaciones de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita.

En todo caso, y antes de empezar el comentario técnico jurídico del anteproyecto, debemos llamar la atención sobre la *Memoria del Análisis del Impacto Normativo del Anteproyecto* cuando se afirma que “*las medidas incluidas en esta norma no podrán suponer incremento de dotaciones de personal ni de retribuciones ni de otros gastos al servicio público*”.

El anteproyecto otorga mayores competencias a las Fiscalías, competencias que venían siendo ejercidas en parte por el Ministerio de Justicia, como autoridad central -que seguía admitiendo comisiones rogatorias dirigidas o provenientes de los países europeos pese a la norma que disponía la obligación de comunicación directa en el art. 6 del Convenio de Asistencia Judicial Penal entre los países miembros de la UE de 29 de Mayo de 2000-, y en otra parte por los Juzgados que se encargan de la ejecución.



## FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

La nueva organización competencial, como se expone más adelante, presenta un sistema mucho más razonable, organizado y eficaz para dar respuesta a las solicitudes de cooperación de las autoridades europeas, sin embargo su buen funcionamiento depende también de la debida dotación de personal. Sin ninguna duda, tanto la llevanza del registro de OEI, como la emisión de los debidos informes y sobre todo la competencia exclusiva para la ejecución de OEI que no contienen limitación de derechos fundamentales van a aumentar de forma significativa las tareas de la Fiscalías, especialmente en aquellas en las que ya el volumen de trabajo es más elevado.

Por detallar algunos datos, la Fiscalía de Madrid recibió y tramitó el año 2016 un número de 607 comisiones rogatorias; Barcelona 484, Málaga 216, Valencia 213, Alicante 169, Murcia 113 y Baleares 92. La Unidad de Cooperación Internacional de la Fiscalía General del Estado 150. De esas cifras alrededor de un 90% provienen de la UE por lo que serán a partir de la aplicación de la Directiva ordenes europeas de investigación. En total, en el año 2016 se recibieron en la Fiscalía 3366 comisiones rogatorias pasivas. El CGPJ tiene en su estadística registrada en 2016 un número de 2364 comisiones rogatorias, de las cuales aproximadamente el 80% de estas solicitudes serán OEI y llegarán conforme al anteproyecto directamente a la Fiscalía.

Sin perjuicio del indubitado esfuerzo que realizarán Fiscales y funcionarios, para asumir todas estas nuevas funciones será imprescindible contar con suficientes recursos humanos, aspecto éste del que se deja constancia, a fin de se proceda al estudio detallado de la situación valorando un posible incremento de la plantilla tanto de Fiscales como, en su caso, de personal auxiliar, de las Fiscalías que lo requieran.



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO  
CONSEJO FISCAL**

Por todo ello proponemos que en la memoria que acompaña al APL, analizando el impacto económico derivado de su entrada en vigor, se debe prever la ampliación de la plantilla de la Carrera fiscal y del personal auxiliar en las fiscalías, así como, en relación al personal auxiliar, los gastos que pueden derivarse de su formación para la realización de las nuevas funciones que se les asignan.

**4. COMENTARIOS RELATIVOS A LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN LA PARTE GENERAL Y EN LOS TITULOS III, VII Y VIII Y PROPUESTA DE NUEVAS MODIFICACIONES**

**4.1. Comentarios a las modificaciones introducidas en el Anteproyecto**

Como ya se ha expresado, las modificaciones contenidas en los apartados 1 a 4 del anteproyecto y que se refieren a los arts. 2.2 i), 7.1; 12 y 14 LRM no tienen más objeto que coordinar el texto de la LRM modificando las alusiones que estos artículos hacían al derogado exhorto europeo de obtención de pruebas para introducir en su lugar el concepto de orden europea de investigación.

Los apartados 5 y 6 modifican los arts. 25.3 y 27 LRM para regular la forma de abordar los gastos generados en la ejecución de los traslados de detenidos u otros gastos excepcionales que puedan plantearse en la ejecución de una OEI. Se concreta la obligación de España de asumir los gastos de traslado de personas en caso en que nuestro país sea el emisor de la OEI solicitando el traslado. El tratamiento de los gastos derivados de las intervenciones telefónicas, así como la negociación del reparto de gastos excepcionales se corresponde también perfectamente con lo dispuesto en los arts. 21, 22 y 30 de la Directiva 41/2014.

El apartado 11 del anteproyecto modifica el art. 143 LRM introduciendo un nuevo apartado 4 con el objeto de delimitar el ámbito de aplicación del instrumento que



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO**  
**CONSEJO FISCAL**

se contiene en el Título VII de la Ley que, a partir de la introducción de la OEI, deja de ser utilizado como forma de solicitud de reconocimiento y ejecución de las medidas dirigidas al aseguramiento de prueba, ya que todo lo relativo a la obtención de prueba, incluidas las medidas cautelares dirigidas a conservar esa prueba, se tramitarán a través de la OEI; de esta forma el ámbito del Título VII se limitará a las medidas cautelares de embargo de bienes dirigidas a su posterior decomiso. Sin embargo, habida cuenta de que tanto Dinamarca como Irlanda quedan fuera de la OEI, pero sí son parte de la Decisión Marco 2003/577/JAI *para el reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo y aseguramiento de pruebas*, el ámbito del Título VII sigue en vigor para el aseguramiento de pruebas que pueda solicitarse o pueda ser solicitado por alguno de estos dos países. Por tanto, el artículo es conforme con lo dispuesto en el art. 34 de la Directiva 41/14, aunque se echa en falta una mención expresa en la exposición de motivos a esta cuestión igual que sería conveniente una referencia y explicación del régimen “derogatorio” que se contiene en el art. 34 de la Directiva.

El apartado nueve del anteproyecto modifica el art. 90 LRM para corregir un error, que ya fue advertido en el informe de este Consejo Fiscal al anteproyecto de la LRM. Se trata de la errónea atribución al Juzgado Central de lo Penal de la investigación del delito de quebrantamiento de condena, que ahora se corrige para sustituirlo por la obligación de remisión de testimonio a la autoridad competente para la investigación.

Los apartados 12 y 13 modifican respectivamente los artículos 165 y 172 LRM incluidos en el Título VIII dedicado al *reconocimiento mutuo de las resoluciones de decomiso*. El art 165 se modifica exclusivamente para introducir la mención a la Oficina de recuperación y gestión de activos, autorizando que sea la oficina la que llegue al acuerdo sobre reparto de gastos extraordinarios en caso de que haya intervenido en la gestión de los bienes decomisados. Parece innecesaria esa



## FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

concreción a la ORGA, en tanto que es parte del Ministerio de Justicia que es el llamado en el artículo a negociar, sin que se concrete ningún otro departamento del mismo para la negociación en otros casos.

El art. 172 LRM se modifica también correctamente para permitir mayor flexibilidad en el reparto de bienes decomisados, solucionando un problema detectado en la práctica. Se admite ahora que un acuerdo entre las autoridades de emisión o ejecución permita prescindir de las reglas de reparto establecidas en el 16 de la Decisión Marco 2006/783/JAI de 6 de octubre de 2006 *relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso*, adecuándose de este modo a lo que el art. 16.4 de la propia Decisión Marco establecía y que en la anterior redacción de la LRM se había obviado. Se incluye también lo previsto en el art 16.2 b) de esta norma europea, que no se había desarrollado en la LRM, y que permite expresamente la transferencia directa del bien decomisado al Estado de emisión, si bien exige la previa autorización de la autoridad de emisión en caso de que el decomiso acordado fuera de una cantidad en efectivo.

Se ha suprimido en el anteproyecto la mención a la imposibilidad de enajenar y restituir bienes integrantes del patrimonio histórico español que se contiene en la actual redacción del art.172.3 LRM, precepto que responde a la facultad otorgada en el art.16.3 de la Decisión Marco. Independientemente de la protección que se otorga a los bienes catalogados por la Ley 16/1985, de 25 de junio, *del Patrimonio Histórico Español* y su normativa de desarrollo, sin embargo estimamos sería conveniente mantener este precepto que ahora se suprime en el anteproyecto.

### **4.2. Propuestas de modificación de otros artículos de la LRM**

Sin duda las anteriores modificaciones introducidas en el anteproyecto son necesarias y vienen a resolver errores o lagunas en la implementación, como



## FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

problemas prácticos que han sido observados durante estos tres años de aplicación de la LRM pero, como se ha dicho, son algunos más los problemas y defectos que presenta la LRM y, sin pretender una revisión completa de su articulado y aun dejando fuera de la siguiente lista la alusión a algunas cuestiones incorrectas de menor entidad, sí debemos informar sobre la necesidad de modificación de algunos artículos que presentan errores de mayor relevancia.

Los artículos y las razones por las que proponemos su modificación son los siguientes:

- Art.4 LRM. El art.4 remite como supletoria a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, olvidando, aunque ya se advirtió en el informe al anteproyecto en 2013, la remisión también al Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal como norma supletoria. Su expresa mención es ahora más esencial habida cuenta de las competencias que la OEI atribuye al Fiscal.

- Art.7.3 LRM. El art7.3 de la LRM establece que solo el certificado debe remitirse traducido, mientras que la resolución solo será objeto de traducción cuando así se requiera por la autoridad de ejecución. Sin embargo, en la práctica se han planteado problemas relativos a la determinación de qué país soporta el coste de la traducción. La LRM no aclara si es el Estado de emisión o el de ejecución quien debe hacerse cargo de la traducción de la resolución cuando se pida, conforme dispone el art. 7.3. El art. 17 LRM, que se refiere a los aspectos pasivos, tampoco lo especifica. Algunos artículos referentes a instrumentos concretos como el art.171.1 c) LRM, relativo a la ejecución de la decisión de decomiso, sí aclaran que el coste de la traducción no repercute en el Estado de emisión, ya que así lo dispone el art.10 de la Decisión Marco la DM 783/2006 *relativa al reconocimiento mutuo del decomiso*. Estimamos que es importante concretar esta cuestión dejando plasmada en la LRM que el coste de la traducción corresponde al Estado de ejecución que la reclama, con la única excepción de lo



## FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

dispuesto en la Decisión Marco 909/2008, *relativa a la ejecución de sentencias que imponen penas u otras medidas privativas de libertad*, que en su art.23 permite a los Estados realizar una declaración por la que, cuando una autoridad considere que el contenido del certificado es insuficiente, puede reclamar que la resolución vaya acompañada por una traducción de la sentencia o de la partes esenciales de la misma. En este caso, habrá que estar a las declaraciones concretas de los Estados para la determinación de quién corre con el coste de la traducción.

- Art. 9LRM. Con el fin de dar mayor coherencia al conjunto de la legislación española en materia de cooperación y facilitar el trabajo de las autoridades encargadas de aplicarla, convendría usar la oportunidad para ajustar el art.9 LRM. Este artículo de la LRM trataba de incorporar una de las obligaciones derivadas de la reforma de la Decisión 2009/426/JAI, de 16 de diciembre de 2008 que regula Eurojust, concretamente la transmisión de información a este órgano de la UE en los casos contemplados en el art.13 de dicha Decisión. El art.9 LRM fue una primera respuesta a esta obligación, si bien insuficiente y fragmentaria como se puso de manifiesto en su momento en el informe del Consejo Fiscal de 9 abril de 2013. Afortunadamente, la posterior aprobación de la Ley 16/2015 de 7 de Julio, *por la que se regula el estatuto del miembro nacional de España en Eurojust, los conflictos de jurisdicción, las redes judiciales de cooperación internacional y el personal dependiente del Ministerio de Justicia en el Exterior* vino a colmar la laguna existente, y su art.24 contempla ya la obligación de las autoridades judiciales españolas de informar a Eurojust. Sería muy conveniente actualizar este artículo que ha quedado desfasado, aunque sólo fuera mediante una referencia a la regulación de los arts.24.4 y 5 de la ley 16/2015. Por ello, se propone sustituir los dos párrafos del actual artículo por el siguiente texto: “La obligación de transmisión de información a Eurojust derivada del uso de instrumentos de reconocimiento mutuo se regirá por lo establecido en la ley 16/2015, de 7 de julio *por la que se regula el estatuto del Miembro nacional de España en Eurojust, los*



## FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

*conflictos de jurisdicción y el personal dependiente del Ministerio de Justicia en el Exterior*". Otra opción sería la eliminación completa del artículo por resultar innecesario en esta Ley ya que la obligación vienen recogida en la Ley 16/2015.

- Art.20 LRM. El art.20 de la LRM no contiene ninguna referencia al umbral de pena como criterio conjunto con el tipo de delito para excluir el control de doble tipicidad. La mayoría de las Decisiones Marco y Directivas que crean estos instrumentos eximen a las autoridades de ejecución del control de doble incriminación siempre que se trate de un delito de los comprendidos en la lista de infracciones de la norma europea y cuando, además, la pena prevista para estos delitos sea superior a una duración determinada, normalmente se exige *pena privativa de libertad cuya duración máxima sea de al menos tres años en su grado máximo en el país de emisión*. Cuando la pena señalada al delito no llega a este umbral, el control de doble criminalidad subsiste, aunque se trate de uno de los delitos de la lista y cabe denegar el reconocimiento por ese motivo. Si no se incluye la mención a este umbral en el art.20, aun con todas las excepciones necesarias, la regulación es insuficiente ya que este requisito no figura en ningún otro lugar de la Ley como motivo de denegación. Aunque posteriormente algunos de los artículos en los diferentes títulos sí hacen referencia a ese umbral al definir el ámbito de aplicación del instrumento, como por ejemplo el art.166 LRM en relación con el decomiso, sin embargo la falta de pena suficiente no aparece posteriormente mencionada como motivo de denegación.

Parece imprescindible modificar el art.20 LRM para hacer la referencia al umbral de pena junto a la lista de delitos. Es de resaltar que el art.208 d) del anteproyecto sí se refiere correctamente al umbral de pena al repetir el motivo de no reconocimiento que se encuentra en la parte general en el art.20. Si se incluyera correctamente la alusión a la necesidad de superar el umbral de pena en el art.20 no haría falta repetir el motivo en el art. 208 d), igual que no se repiten en el art.208 otros motivos de no reconocimiento que están en la parte general como el



## FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

*ne bis in ídem* o la inmunidad. Una correcta técnica legislativa llevaría a regular el tema de la falta de doble incriminación al art.20, sin necesidad de mención específica en el capítulo concreto dedicado a la OEI.

- Art. 24 LRM. El art.24 LRM, al regular los recursos, remite a las reglas generales de la LECrim, sin embargo, no concreta a qué tipo de procedimiento se refiere y es obvio que los recursos difieren notablemente en los distintos procedimientos, lo que ha dado lugar a problemas importantes en la práctica. Aunque el procedimiento básico de la LECrim es el procedimiento ordinario de Sumario, lo cierto es que, en la realidad, este es un procedimiento residual frente al procedimiento abreviado que es el utilizado en el mayor número de casos. Estimamos que el art.24 debería hacer una remisión a los recursos del procedimiento abreviado que es el más adecuado para el tipo de asuntos y trámites que se dilucidan en la LRM.

- Art. 32 LRM. El art.32.1 b) LRM recoge entre los motivos generales de denegación la prescripción, pero solo se refiere a la prescripción de la sanción. Exactamente el artículo dice: “Las autoridades judiciales españolas no reconocerán ni ejecutarán las ordenes o resoluciones transmitidas en los supuestos regulados por cada instrumento de reconocimiento mutuo y, con carácter general en los siguientes casos: b) Cuando la orden o resolución se refiere a hechos para cuyo enjuiciamiento sean competentes las autoridades españolas y de haberse dictado la condena por un órgano jurisdiccional español, la sanción impuesta hubiera prescrito de conformidad con el Derecho español”. No distingue el artículo entre la prescripción de la sanción que efectivamente figura como motivo de denegación en algunas Decisiones Marco y la prescripción del delito que también aparece en algunas normas europeas y no se ha recogido en la LRM. Así ocurre con la Decisión Marco de 23 de Octubre de 2009, *relativa a la aplicación de medidas de vigilancia como sustitutivas a la prisión provisional*. Se trata aquí de la imposición de medidas de vigilancia en sustitución de la prisión



## FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

provisional y en el art. 15.1 e) se recoge como motivo de no reconocimiento la prescripción, pero no de la pena, sino del delito *Cuando la posibilidad de enjuiciar por la vía penal haya prescrito según el Derecho del Estado de Ejecución y la infracción se refiera a hechos que sean competencia del Estado de ejecución conforme a su Derecho nacional*. El Título V de la LRM dedicado a este instrumento no contempla tampoco este motivo de denegación. Lo mismo ocurre con el art. 4. 4) de la Decisión Marco que regula la OEDE donde se recoge como un motivo “potestativo” de denegación *Cuando haya prescrito el delito o la pena con arreglo a la legislación del Estado miembro de ejecución y los hechos sean competencia de dicho Estado miembro según su propio Derecho pena”*.

La LRM en su Título II dedicado a la regulación de la OEDE no contiene ningún otro motivo de denegación relativo a la prescripción del delito. La única referencia es la del art.32.1 b) y por tanto solo se refiere a la prescripción de la pena. Idéntica cuestión se plantea en relación con el art. 10.1 f) de la Directiva 2011/99 que regula la orden de protección. Este artículo contempla igualmente la posibilidad de denegación *Cuando conforme al Derecho del Estado de ejecución, exista prescripción de la actuación penal contra la persona causante del peligro respecto del hecho o conducta que haya dado lugar a la adopción de la medida de protección, si tal hecho o conducta es de su competencia conforme con su Derecho nacional*.

La falta de mención a la prescripción del delito como motivo de no reconocimiento en estos tres supuestos es relevante y es un defecto notorio que no puede dejar de ser puesto de manifiesto en este informe, insistiendo nuevamente en que procedería urgentemente la modificación de la norma, bien en la parte general, para incluir en el art.32 1 b) la prescripción del delito para este tipo de resoluciones, bien para incluir este específico motivo de no reconocimiento en los títulos correspondientes.



## FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

- Art.32.3 LRM (territorialidad). Este artículo prevé que el Juez competente podrá denegar la ejecución cuando la resolución se refiera a hechos cometidos en su totalidad o en una parte importante en territorio español, con la excepción para las resoluciones de embargo preventivo en el art.32.5 LRM. Se trata de un motivo de no reconocimiento potestativo pero la Ley debería haber indicado al órgano de ejecución la actuación siguiente a la denegación para evitar la impunidad, ya que la denegación basada en que el delito se ha cometido en territorio español debería, cuando resulte procedente, ir seguida inmediatamente por la deducción del correspondiente testimonio para su remisión al órgano judicial que pudiese ser competente o al Ministerio Fiscal a fin de que se pueda valorar la apertura de un procedimiento en España, si este no estuviera ya abierto.

### **5. COMENTARIOS RELATIVOS A LA MODIFICACIÓN DE LA ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ENTREGA Y PROPUESTAS DE NUEVAS MODIFICACIONES EN EL TITULO II DE LA LRM**

#### **5.1. Comentarios a las modificaciones propuestas en el anteproyecto**

El anteproyecto modifica el Capítulo III del Título II de la LRM, dedicado a la 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.*

Efectivamente la Directiva en su art. 10.4 establece 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



## FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

letrado en el Estado miembro emisor. La función de dicho letrado en el Estado miembro emisor consistirá en prestar asistencia al letrado del Estado miembro de ejecución facilitándole información y asesoramiento con vistas a que la persona reclamada pueda ejercer efectivamente los derechos que le confiere la Decisión Marco 2002/584/JAI”. Esta previsión no había sido implementada en el derecho español, aunque en la práctica sí venía siendo aplicada, y es ahora cuando se lleva a cabo la incorporación de este derecho a través de la modificación del nº 3 del art 50 LRM para añadir en la información de derechos al detenido reclamado de entrega, el derecho a designar un abogado en el Estado emisor con el fin de que éste sirva de asesor al letrado en España, tal y como dispone la Directiva. Se añade además un nuevo apartado 4º al art 50 para plasmar la posibilidad de renuncia del reclamado al letrado del país de emisión, previa información de las consecuencias de esta renuncia.

El art.10.5 de la Directiva explica la obligación de la autoridad judicial de proceder a la designación de un letrado de oficio cuando el reclamado no disponga de abogado en el país de emisión y desee designarlo. “En caso de que la persona reclamada desee ejercer el derecho a designar a un letrado en el Estado miembro emisor y no disponga ya del mismo, la autoridad competente del Estado miembro de ejecución informará de ello con prontitud a la autoridad competente del Estado miembro emisor. La autoridad competente de dicho Estado miembro suministrará a la persona reclamada, sin demora injustificada, información que le facilite la designación de un letrado en ese Estado”.

Sin embargo, esta obligación de la autoridad judicial de comunicar inmediatamente a la autoridad de emisión la solicitud de designación de un letrado en el caso de que el reclamado no lo tenga designado, no aparece incorporada expresamente al texto de la LRM y, sin perjuicio de que la Directiva pueda servir de guía de interpretación al juez sobre su forma de actuación en estos casos, debería



## FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

incorporarse expresamente esa obligación en la LRM. Se trataría de incorporar en un nuevo apartado al art. 50, o donde se considere más oportuno, la obligación de la autoridad judicial que recibe la solicitud del reclamado de designación de un letrado en el país de emisión de ponerlo inmediatamente en comunicación de la autoridad de emisión.

De la misma forma, debería modificarse la LRM en el capítulo II de este Título II dedicado a la emisión de la Orden Europea de Detención y Entrega para indicar que, cuando España es país de emisión, la autoridad judicial emisora deberá proceder a la solicitud de nombramiento de letrado en España al reclamado cuando reciba la misma solicitud de la autoridad de ejecución.

El nombramiento de este letrado en el estado emisor debe estar garantizado también cuando los reclamados no dispongan de los recursos suficientes para sufragarlo por sí mismos. Así lo dispone el art. 5 de la Directiva 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.*

### **5.2. Comentarios proponiendo nuevas modificaciones en el Título II**

Además de la anterior propuesta de modificación hay otras cuestiones importantes en relación con la OEDE que merecen ser modificadas.

Así, en primer lugar, el art. 38 de la Ley se refiere a la toma de declaración previa a la emisión de una OEDE y contiene una referencia a su ejecución conforme al Convenio de Asistencia Judicial en materia penal entre los Estados miembros de la



## FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

UE de 29 de Mayo de 2000. Esta referencia puede mantenerse en tanto que será aplicable con Irlanda y Dinamarca, pero, o se suprime cualquier referencia a este instrumento concreto que es innecesaria, y así se expresó en nuestro informe de 2013 a la LRM, o bien esa referencia debe ser completada con una alusión expresa a la OEI que será, a partir de su entrada en funcionamiento, la forma general de solicitud y practica de las declaraciones por videoconferencia.

Igualmente se propone la modificación del art El art.48.2.b) LRM que se refiere a la denegación de la OEDE cuando la reclamación se haya dictado para el cumplimiento de una pena y la persona sea de nacionalidad española, salvo que consienta con cumplir la pena en el Estado de emisión. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea (en adelante, TJUE) ha establecido la equiparación de residentes con nacionales a los efectos de cumplimiento de la pena en el país. Así se afirma en varias sentencias, por ejemplo, la STJUE, de 5 de Septiembre de 2012, caso López da Silva. Procedería la modificación de este artículo para mencionar a los residentes en España junto a los nacionales a estos efectos. Aunque la Audiencia Nacional ya está siguiendo esta jurisprudencia, una vez así establecido por el TJUE, procedería plasmarlo debidamente en la Ley.

### **6. COMENTARIOS RELATIVOS A LAS MODIFICACIONES EN LA REGULACION DEL TITULO X DEDICADO A LA ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACION**

#### **6.1 Comentarios generales**

La Orden Europea de Investigación fue adoptada por la UE mediante la *Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de Abril de 2014 relativa a la orden europea de investigación en materia penal*. La Directiva responde al objetivo, establecido en el Programa de Estocolmo, de creación de un sistema



## FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

uniforme de obtención de prueba transfronteriza bajo el principio de reconocimiento mutuo. Con este nuevo instrumento europeo se sustituye el fracasado y fragmentario sistema de obtención de pruebas que resultaba de la aplicación del fallido Exhorto Europeo, creado por la Decisión Marco 978/2008 y de su limitado ámbito de aplicación, que hacía necesario mantener parcialmente la asistencia judicial convencional, lo que llevó a su práctica inaplicación y a su derogación prematura.

La Directiva 14/41 crea un instrumento único uniformizado, -como se hizo con la orden europea de detención y entrega o la orden de protección-, para solicitar y practicar cualquier tipo de diligencias de investigación penal (y en algunos casos administrativa) en otro país de la UE. Es importante mencionar que Irlanda y Dinamarca quedan fuera de este instrumento por lo que, de alguna forma, sigue vigente el régimen tradicional de asistencia judicial internacional a través de los Convenios aplicables en esta materia.

La OEI, a diferencia del exhorto, tiene un extenso ámbito de aplicación y abarca tanto las pruebas preexistentes como la realización de diligencias de investigación con el objeto de obtención cualquier nueva prueba. Solo se excluyen de su ámbito de actuación las pruebas que se obtengan dentro de los equipos conjuntos de investigación y a las medidas de vigilancia transfronteriza del Convenio de Schengen. La Directiva contiene un régimen general para todo tipo de diligencias y una parte, que podríamos denominar *especial*, que se contiene en un capítulo específico dedicada a regulación de la forma de practicar y demandar medidas concretas como son: el traslado temporal de detenidos a efectos de investigación, la videoconferencia, las informaciones sobre existencia, movimientos o monitorización de cuentas bancarias, las investigaciones encubiertas, y la intervención de todo tipo de telecomunicaciones. Igualmente se regula en la



## **FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL**

Directiva la adopción de medidas cautelares dirigidas a preservar las pruebas cuando fuera necesario.

La OEI será a partir de su entrada en vigor el instrumento principal de búsqueda y obtención de asistencia judicial internacional para la investigación penal en la UE, haciendo desaparecer las comisiones rogatorias, que serán ya prácticamente inexistentes, salvo, como decíamos, para la cooperación con Irlanda y Dinamarca.

Es importante tener en cuenta que la OEI va a sustituir no solo al exhorto europeo, sino, que tal y como dispone el art. 34 de la Directiva, sustituye a los Convenios Internacionales que actualmente regulan en la UE la asistencia judicial internacional. Esencialmente la OEI supone la sustitución, en todo aquello que la OEI regula, del Convenio de Asistencia Judicial Penal entre los Países Miembros de la UE de 29 de mayo de 2000, el Protocolo a este Convenio, de 2001 (que regula especialmente las investigaciones de/y en cuentas corrientes o financieras), el Convenio de Cooperación en Materia Penal del Consejo de Europa de 20 de abril de 1959 y sus dos protocolos y el Convenio de aplicación de los Acuerdos de Schengen. Estos Convenios solo serán aplicables en el futuro en aquellos aspectos no regulados por la OEI, por ejemplo, la práctica de citaciones y notificaciones, los intercambios espontáneos de información o el traslado de denuncias a efectos procesales. La transcendencia y magnitud del cambio es muy relevante por lo que se echa de menos una mención en la exposición de motivos del anteproyecto en relación a todo este cambio de sistema. Es una mención que creemos especialmente relevante dado que la norma de transposición se limita a trasladar a derecho interno las disposiciones de la Directiva, sin introducir disposiciones derogatorias por tratarse de Convenios internacionales; por ello, sin duda, sería oportuno y conveniente que la Exposición de motivos contuviera un explicación de esta sustitución para facilitar a los operadores jurídicos, y en general, la comprensión del verdadero alcance de esta norma.



## FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Por otro lado, la regulación en España es aún más relevante de lo que pudiera parecer, ya que la OEI suplirá en gran parte las lagunas derivadas de la falta de una ley de cooperación penal. Hasta ahora han sido los Convenios Internacionales en esta materia, a los que remite la escasísima y fragmentaria regulación contenida en la LOPJ y en la LECrim, los que contenían las normas básicas para solicitar u otorgar cooperación con otros países. La ausencia de una ley de cooperación nos sitúa ante una falta absoluta de regulación especialmente en los aspectos pasivos de la cooperación. Efectivamente, cuestiones tan básicas como la determinación de las autoridades competentes, el papel del Ministerio Público o de los letrados de la Administración de Justicia, la intervención de los letrados de la defensa o la acusación, la forma de documentación, registro o conservación de las actuaciones, etc., son algunas cuestiones que han dado lugar a no pocos problemas en la práctica y subsistirán cuando no se trate de cooperación a través de la OEI. Pues bien, como decíamos, la OEI viene a suplir una gran parte (probablemente en un 80% de los casos) de esta laguna.

Aunque el disperso sistema de entrada y ejecución de las actuales solicitudes de auxilio no permite contar con estadísticas completas sobre el número de comisiones rogatorias emitidas y recibidas por las autoridades judiciales españolas, podemos contar con porcentajes aproximados. Por lo que respecta solo a las comisiones rogatorias recibidas para ejecución en la Fiscalía, en los dos últimos años las solicitudes provenientes de autoridades judiciales de la UE alcanzan el 89,59% en 2015 y el 92% en 2016. Aunque el dato no sea directamente trasladable a los Juzgados, ya que la Fiscalía recibe un mayor número de solicitudes de las autoridades de la UE donde la transmisión se produce directamente entre autoridades competentes siendo estas en su mayoría fiscales, estos porcentajes nos permiten afirmar, con las correcciones lógicas y al menos en los aspectos pasivos, que la OEI será aplicable seguramente al 80% de



## FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

los casos de cooperación para la obtención de pruebas solicitada a las autoridades españolas. Hay que añadir además que, dentro del ámbito europeo, las solicitudes de asistencia para la obtención de pruebas constituyen la inmensa mayoría de los expedientes de asistencia judicial internacional, con mucha mayor incidencia que otros supuestos como embargos, decomisos o reconocimiento de otro tipo de resoluciones judiciales.

La nueva regulación permitirá por tanto trabajar con mayor seguridad jurídica en una materia que en un mundo globalizado y con elevadas tasas de delincuencia transnacional organizada se ha vuelto imprescindible y presente cada vez con mayor frecuencia en los procedimientos judiciales.

Otra de las cuestiones generales que se echan de menos en el anteproyecto es un debido tratamiento del régimen lingüístico del instrumento. El art. 5.2 de la Directiva dice: “Cada Estado miembro indicará cuál o cuáles de las lenguas oficiales de las instituciones de la UE, además de la lengua o lenguas oficiales del Estado miembro de que se trate, podrán utilizarse para cumplimentar o traducir la OEI cuando el Estado miembro de que se trate sea el Estado de ejecución”. La interpretación razonable de este artículo es que todos los Estados deben aceptar alguna otra lengua además de la propia y así lo ha manifestado la Comisión Europea informalmente en todas las reuniones celebradas en torno a la implementación de la Directiva. El anteproyecto en el art. 212 1.a) repite y mantiene el criterio que ya en la parte general el art. 17 impone, que es la devolución del formulario cuando no venga traducido al español. Pero pensamos, que incluso en el supuesto, razonable, que se haya optado por “des-legalizar” esta opción lingüística y dejarla para un momento posterior como posible declaración a realizar por España, sería obligado contar con el debido reflejo en la ley a esta especificidad de la OEI, que puede entenderse incluida en la referencia general a la existencia de una declaración expresa por parte de España en favor de alguna



## FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

otra lengua, si bien habría que modificar la referencia que ahora contiene el art. 17.1 in fine a la Secretaría General del Consejo para que se mencione también la notificación a la Comisión, conforme a lo establecido en el art. 33.1.b de la Directiva.

En relación con esta cuestión es importante señalar que el Convenio entre el Reino de España y la República Portuguesa relativo a la cooperación judicial en materia penal y civil, hecho en Madrid el 19 de noviembre de 1997 dispensa de traducción recíproca cuando en su art. 1 dispone que “Las solicitudes y documentos relativos al auxilio judicial internacional en materia penal y civil, transmitidos entre los Ministerios de Asuntos Exteriores y de Justicia, así como entre autoridades judiciales, podrán estar redactados en el idioma del Estado requirente, renunciando ambas partes a hacer uso de las reservas que hubiesen formulado a este respecto en los Tratados multilaterales en que sean partes.” Sería conveniente, a través de una negociación con Portugal, mantener esta recíproca exención de traducción en relación con la OEI. Con ello, por un lado, se mantendría un régimen más favorable a la cooperación, evitando que la OEI venga en este punto a suponer un paso atrás en una práctica consolidada y positiva con el país vecino y por otro, aceptar el portugués, podría entenderse como un cumplimiento de lo dispuesto en el art. 5 de la Directiva y por tanto evitaría posibles críticas en las evaluaciones de la implementación o incluso posibles sanciones de la Comisión por incumplimiento o indebida transposición.

Por último, aunque no sea un problema derivado de la ley española sino de la Directiva, debemos dejar plasmada aquí nuestra preocupación por la decisión de la UE de incluir en la OEI los procedimientos de investigación de infracciones administrativas a que hace referencia el art. 4 b) y c) de la Directiva. Es una opción que mantiene en el régimen de cooperación penal las investigaciones administrativas que ya contenía el *Convenio de Aplicación de los Acuerdos de*



## FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

*Schengen y el Convenio de Asistencia Judicial entre los Países Miembros de la UE de 20 de mayo de 2000.* Es una decisión que, de alguna forma, homologa a los procedimientos penales lo que son únicamente procedimientos administrativos relativos a infracciones menores no penales pero que cuentan en algunos países, como Alemania, Portugal, etc. con un posterior recurso ante autoridades judiciales del orden penal. España no tiene este tipo de procedimientos por lo que nunca va a poder por esta vía intentar la investigación de infracciones como las de tráfico que no sean constitutivas de delito, sin embargo viene siendo receptor y ejecutor de una enorme cantidad de solicitudes de auxilio judicial (o de órdenes de reconocimiento de sanciones pecuniarias) para investigar hechos que en España son simplemente infracciones administrativas y nunca podrían dar lugar a asistencia judicial penal.

Esta situación, además de crear un panorama de desigualdad entre los países a la hora de dotar de eficacia a su régimen sancionador administrativo frente a ciudadanos extranjeros, es perjudicial para el régimen general de cooperación internacional ya que agota los recursos destinados a esta tarea. Las autoridades judiciales deberían dedicar todos sus escasos recursos en materia de cooperación a los temas relevantes de lucha contra la delincuencia internacional. La realidad es que autoridades judiciales españolas se ven obligadas a ejecutar solicitudes realizando investigaciones en relación con hechos de menor importancia que si son cometidos en España nunca serían objeto de tratamiento por una autoridad judicial. La mayoría de estos procedimientos, más allá de algunos temas relacionados con la caza y la pesca que dan lugar a algunas solicitudes de nuestro país vecino, son referentes a infracciones de tráfico.

Por ello, se propone reflexionar sobre la posible designación de las autoridades competentes para la ejecución de este tipo de OEI, de forma que pudiera señalarse que para las OEI emitidas en procedimientos relativos a infracciones de



## FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

tráfico a los que se refiere el art. 4 b) y c) de la Directiva, la autoridad de ejecución sea la Dirección General de Tráfico. Esta reflexión debería alcanzar también e incluso con mayor urgencia a la designación de las autoridades competentes para la ejecución de las sanciones pecuniarias a las que se refiere el art. 174. 2 de la LRM.

### **6.2. Comentarios sobre el Capítulo I dedicado a las Disposiciones generales.**

#### *6.2.1. Necesidad de precisar el concepto de autoridad judicial competente y autoridad competente*

La regulación de la OEI en el anteproyecto comienza con la definición en el art. 186 de la Orden Europea de Investigación, alineada con el art. 1 de la Directiva, pero con una omisión esencial que estimamos distorsiona el sentido del artículo, y debe completarse. Efectivamente, el art. 1 de la Directiva habla de resolución dictada o validada por *autoridad judicial competente*, mientras el art. 186 del anteproyecto hace desaparecer la calificación de *judicial* y se refiere solo a *autoridad competente*. Se trata de una diferencia sustantiva. La Directiva de la OEI es el primer instrumento europeo que resuelve una cuestión tan importante en el sistema de cooperación internacional en la UE como es la definitiva definición del concepto de *autoridad judicial*. Efectivamente, tras infinitas discusiones sobre el concepto de *autoridad judicial*, derivadas de las diferencias de sistemas procesales en los distintos países de la UE y con un sistema que hasta ahora en la mayoría de las normas europeas se remite al concepto interno de *autoridad judicial*, en esta Directiva se fija un concepto único de autoridad judicial que se define en el art. 2 c i) como: *Juez, órgano jurisdiccional, juez de instrucción competente o fiscal competente en el asunto de que se trate*. Cualquier otra autoridad que pueda emitir una OEI requiere contar con la validación de una de las anteriores para ello. Por



## FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

tanto, el concepto de *judicial* de la autoridad competente debe incluirse expresamente en la definición que se contiene en el art.186.1 de la norma española para hacer la definición comprensible y adecuada a la Directiva. Solo una autoridad *judicial* con el concepto que de la misma da la Directiva puede emitir o si no validar una OEI y así necesariamente debe constar en la definición.

Es correcta la remisión solo a *autoridad competente* que contiene el art.186.2 puesto que con ello se da cobertura a las autoridades emisoras de los dos tipos de procedimientos del art.4. b) y c), que se refiere a procedimientos por infracciones administrativas incoados por autoridades administrativas o judiciales que puedan dar lugar a un procedimiento ante un órgano jurisdiccional con competencia en materia penal. Pero nuevamente sería necesario concretar la necesidad de validar estas órdenes y el concepto de autoridad judicial validadora.

El anteproyecto no contiene en ningún lugar el concepto de *autoridad judicial* de la que debe provenir la OEI, bien directamente o bien a través de la validación. Prueba de ello es que el art.205 del anteproyecto cuando expresa que “la autoridad competente española que reciba una orden europea de investigación que no hubiera sido emitida por la autoridad de emisión competente procederá a su devolución”. Por ello, estimamos incorrecta e incompleta en este punto la implementación de lo dispuesto en el art.9.3 de la Directiva al señalar que cuando “una autoridad de ejecución reciba una OEI que no haya sido emitida por una autoridad de emisión como se especifica en el artículo 2, letra c), la autoridad de ejecución deberá devolver la OEI al Estado de emisión”. El art.2 c) no habla de autoridad competente sino que especifica y determina quiénes son “autoridades judiciales competentes para emitir y validar” y quienes pueden ser “autoridades competentes para emitir pero con validación de la autoridad judicial”. Si no se especifica en la norma española, la autoridad española de ejecución no tiene datos para saber cuándo, por falta de validación por autoridad judicial competente debe



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO  
CONSEJO FISCAL**

devolver una OEI. A ello nos referimos posteriormente proponiendo la modificación del art.205 LRM.

Se sugiere añadir por un lado el concepto de judicial en el primer párrafo y crear un nuevo apartado al art.186 “Únicamente son autoridades judiciales con capacidad para la emisión de OEI, los Jueces, Tribunales o el Ministerio Fiscal. En el caso de que la OEI se emita, conforme a la legislación del estado emisor, por una autoridad diferente de las anteriores, la OEI deberá contar con la expresa validación de una de las autoridades judiciales mencionadas”. O por lo menos que se plasme claramente en el art.205 conforme se expone más adelante.

*6.2.2. Comentarios sobre las autoridades competentes en España para emitir y ejecutar una orden europea de investigación.*

El art. 187 LRM concreta los conceptos de autoridades judiciales competentes tanto para la emisión como para la ejecución de una OEI.

Como ya decíamos, en España no existe el tipo de procedimiento referido a infracciones administrativas que puedan ser objeto de un procedimiento ante una autoridad jurisdiccional con competencias en materia penal por lo que tanto para la emisión como para la ejecución el anteproyecto solo designa autoridades judiciales en el sentido definido en la Directiva como tales, por tanto Jueces, Tribunales y Fiscales.

Por lo que respecta a las autoridades de emisión, el anteproyecto designa a las autoridades encargadas del procedimiento de que se trate, ya sea procedimiento judicial o diligencias a cargo de los Fiscales, siempre y cuando, en este caso, no sean diligencias limitativas de derechos fundamentales. Con ello se mantiene el



## FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

mismo sistema que rige actualmente y que deriva de la inicial declaración de España al art. 24 de Convenio de 1959 que designa como autoridades competentes a los Jueces y Tribunales y a los Fiscales. Es importante recordar que esta declaración respondía simplemente a la necesidad de concretar qué tipo de procedimientos se incluían en el ámbito del Convenio. Así, el art. 1 del Convenio de 1959 precisa su ámbito cuando afirma que éste será de aplicación “a los procedimientos relativos a infracciones cuya represión, en el momento de pedir asistencia, sea de la competencia de las autoridades judiciales de la parte requirente”. En España la dirección de las investigaciones penales corresponde exclusivamente a Jueces y Tribunales y Fiscales por lo que la determinación del art.187, que concuerda tanto con esta inicial declaración como con la definición de autoridades judiciales del art. 2 de la Directiva, nos parece adecuada.

En cuanto a los Fiscales como autoridad de emisión, la fórmula abierta de referencia “a los procedimientos que estos dirijan” nos parece correcta por omnicomprendensiva y flexible, con capacidad de adaptación también a la posible atribución de nuevas competencias en el procedimiento penal. Es además muy positiva la mención expresa a la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, como se pedía también en nuestro informe al anteproyecto de LRM.

Sin embargo, como ya decíamos el inicio se echa de menos referencia al Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, que, pese a denominarse orgánico contiene referencias procesales y completa a la Ley de Enjuiciamiento Criminal en la regulación de las diligencias de investigación del Fiscal. Estimamos necesario incluir en este último párrafo la mención al EOMF. La propuesta de redacción sería la siguiente: “A estos efectos, las autoridades competentes señaladas podrán emitir órdenes europeas de investigación para la ejecución de medidas que podrían ordenar o ejecutar conforme a las disposiciones de la Ley de



## FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Enjuiciamiento Criminal, la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores y el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal”.

Por lo que se refiere a las autoridades de ejecución, el anteproyecto mantiene el sistema actual que considera competentes tanto a Jueces y Tribunales como a Fiscales para la ejecución de las solicitudes de auxilio internacional. Se adopta un sistema bastante similar al que ya se diseñó en el anterior Título X de esta ley para la regulación del exhorto europeo de obtención de pruebas. Efectivamente, el art. 188 de la actual LRM establece que “es autoridad competente para reconocer y ejecutar el exhorto europeo de obtención de pruebas el Ministerio Fiscal siempre que puedan obtenerse los objetos, documentos o datos sin adoptar medidas limitativas de derechos fundamentales”. Con ello se creó un sistema que ya establecía una preferente atribución de la competencia para la ejecución de estos exhortos a los Fiscales, reconociendo la legitimación única del Fiscal para la ejecución de los exhortos siempre que los actos de ejecución no impliquen limitación de derechos fundamentales.

En relación con esta competencia preferente, el informe del Consejo Fiscal al anteproyecto de esta LRM dijo que “Esta nueva atribución al Ministerio Público parece seguir lo que ya es una tendencia comprobada en los últimos años en relación en la ampliación de competencias de los Fiscales en la ejecución de solicitudes de auxilio especialmente de países de la Unión Europea, y también muestra cierta coherencia con los anunciados borradores de nuevas normas reguladoras del procedimiento penal. No existe obstáculo alguno para la asunción de estas nuevas competencias, pero parece que si se decide dar este paso debería darse de forma más decidida. En realidad, el reconocimiento de que un acto limitativo de derechos fundamentales requiere una autorización judicial no implica necesariamente cercenar la competencia de ejecución del exhorto al Ministerio Público. Bastaría con prever la necesidad de que el Fiscal obtenga esa



## FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

autorización judicial para mantener el orden constitucional español, a la vez que las pruebas obtenidas a través de la diligencia que haya sido judicialmente autorizada pueden ser entregadas al Fiscal para completar la ejecución de lo solicitado, siendo éste el encargado de remitirlas a la autoridad de emisión”.

Reproducimos este parte del informe ya que nuevamente el anteproyecto es poco ambicioso y sigue sin adoptar un definitivo cambio de sistema. Aunque da pasos en la dirección correcta, no recoge, como estimamos debería hacer, la atribución completa al Ministerio Fiscal de la ejecución de las OEI, sin perjuicio por supuesto de que los Fiscales en la ejecución deberían siempre solicitar las correspondientes autorizaciones judiciales para la adopción de diligencias de investigación o medidas cautelares limitativas de derechos fundamentales. Sin duda, la atribución de la responsabilidad única al Ministerio Público sería un adelanto razonable del futuro sistema de instrucción que ha sido anunciado por el Gobierno y es, cada vez, más inaplazable. Se convertiría la ejecución de la OEI en la segunda experiencia en atribución exclusiva de competencias de investigación al Fiscal, si bien en este caso de carácter vicario y en nombre de una autoridad extranjera, tras la regulación del procedimiento de responsabilidad penal de los menores.

En todo caso, y aunque no se alcance esta propuesta, sí debemos destacar que el nuevo diseño de competencias que sitúa al Ministerio Fiscal como única autoridad receptora de las OEI permitirá una mejor gestión y control estadístico y supone una notoria mejora del sistema actual de la cooperación internacional, al dotarlo unidad y eficacia. Es importante recordar que en este momento el panorama de órganos competentes en España para la ejecución de una diligencia de investigación solicitada por una autoridad extranjera se refleja en un mapa que España ha proporcionado a la Red Judicial Europea –puede ser consultado en su web- que es causa de absoluto estupor y sorpresa en todos los países de la UE donde la competencia para ejecutar las solicitudes de auxilio suele estar



## FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

concentrada en Fiscalías regionales, algo que ocurre también en aquellos países donde se mantiene el Juez de Instrucción (Francia o Grecia). El sistema actual de recepción de comisiones rogatorias en España mantiene la competencia tanto de Juzgados como de Fiscalías por lo que las autoridades judiciales europeas no solo se encontraban ante una variedad y dispersión territorial sin par, sino que además se encontraban ante el dilema de remitir las comisiones rogatorias al Juez de Instrucción o al Fiscal cuando solicitaban diligencias que no afectan a derechos fundamentales.

Este desconcertante panorama dio lugar a que el informe sobre España en la sexta ronda de evaluaciones mutua del Consejo de la UE, dedicado expresamente al funcionamiento de Eurojust y la Red Judicial Europea, señalara el caos que nuestro sistema presenta al exterior y recomendara *reflexionar sobre la función, atribuciones y obligaciones respectivas de los distintos actores de la asistencia judicial en España.*

Sin duda se ha hecho esta reflexión para plasmar este nuevo sistema en el que solo hay una autoridad receptora de las OEI que es el Ministerio Fiscal, lo que permitirá presentar ante las autoridades judiciales europeas un panorama más adecuado y razonable de autoridades a las que deben remitir las OEI y además favorece el contacto con un número limitado de personas responsables finalmente del funcionamiento del nuevo instrumento además de permitir contar con una estadística única y fiable de las OEI remitidas a nuestro país.

El Ministerio Fiscal conforme al anteproyecto no es solo una autoridad receptora, su función no es una tarea burocrática similar a la que ahora realiza la autoridad central, sino que es también autoridad de ejecución en gran parte de los casos. No será directamente autoridad de ejecución cuando la OEI contenga la solicitud de medidas que supongan limitación de derechos fundamentales, en cuyo caso el



## FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Fiscal debe remitirlo al órgano judicial competente. El Fiscal no solo remitirá la OEI sino que la remitirá con el preceptivo informe que le corresponde como defensor de la legalidad. Esta nueva organización evita dilaciones que ahora se producen con un sistema inverso en el que el Juzgado recibe una solicitud y procede al traslado para informe del Ministerio Público. El informe, que ahora el Fiscal debe remitir con la OEI, se pronunciará tanto sobre motivos de no reconocimiento, procedencia o no de la ejecución y sobre todo sobre la procedencia o no de aquellas diligencias limitativas de derechos fundamentales que también deben ser informadas por el Ministerio Fiscal de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Sería conveniente que el art. 187 explicitara también aquí, aunque ya lo hace en el art. 212, la obligación del Fiscal de acusar recibo conforme al anexo XIV y notificar a la autoridad de emisión la remisión de la OEI al Juzgado con la información de los datos del mismo.

La organización de la Fiscalía española en torno al principio de especialización y coordinación centralizada nos sitúa ante un panorama muy completo y ordenado de Fiscales delegados y especialistas en materia de cooperación internacional en las Fiscalías especiales y provinciales que son en la actualidad, y desde el año 2003, los responsables directos de ejecutar las comisiones rogatorias que se reciben en la Fiscalía y que están coordinados desde la Fiscalía General por la Fiscal de Sala de Cooperación Internacional. La especial formación, dedicación, conocimiento de idiomas y larga experiencia de los Fiscales delegados y especialistas les sitúa ya como autoridades de referencia en esta materia, y su dedicación y profesionalidad son bien conocidas y valoradas por las autoridades extranjeras. Por otro lado, cuando carecen de competencia para ejecutar las solicitudes de asistencia, los Fiscales delegados vienen también haciendo una encomiable labor de intermediarios y facilitadores de la relación de las autoridades



## FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

extranjeras con los órganos judiciales competentes que en la mayoría de los casos carecen de especialización o capacidad lingüística de comunicación en otro idioma, en realidad podría decirse que el nuevo sistema viene a ordenar y mejorar el sistema, reconociendo la labor que los Fiscales llevan años desempeñando en la práctica.

Para poder ilustrar mejor la realidad de la práctica de esta materia, y aun reconociendo imperfecciones en las estadísticas, podemos decir que el año 2016 se recibieron en la Fiscalía 3366 comisiones rogatorias pasivas, lo que supone un 17,69% más que en 2015, en el que se recibieron 2860, que ya suponía un avance del 10% frente a 2014. EL CGPJ tiene en su estadística registrada de 2016 el número de 2364 comisiones rogatorias lo que demuestra lo que venimos afirmando respecto a la situación de preferencia de la Fiscalía española por parte de las Fiscalías y autoridades judiciales europeas.

Es importante tener en cuenta también que la intervención previa y el seguimiento de la Fiscalía contribuirá a garantizar la uniformidad en las respuestas a las autoridades extranjeras, evitando en lo posible la dispersión de criterios judiciales especialmente sorprendente para las autoridades de algunos países en la fase de investigación; se mejoraran además las posibilidades de coordinación de actuación en diferentes territorios.

El anteproyecto permite también que, aunque la OEI emitida contenga la solicitud de alguna diligencia que suponga medidas limitativas de derechos fundamentales, sea ejecutada por el Fiscal siempre que quepa la obtención de la misma prueba a través de una medida menos invasiva. Es algo que ocurre en la actualidad con cierta frecuencia, por ejemplo, con solicitudes de registros en oficinas bancarias para la obtención de documentos que normalmente son entregados voluntariamente por los responsables de las sucursales bancarias.



## FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Otra de las ventajas del sistema que presenta el anteproyecto es que permitirá dar una positiva respuesta a otra de las recomendaciones del mencionado informe de la Sexta ronda de evaluaciones en relación con la inexistencia de un registro central unificado de solicitudes de cooperación. La Fiscalía aseguraría, al menos en los aspectos pasivos, un registro único con el que ya cuenta, conocido como CRIS (comisiones rogatorias internacionales) que es además único en todo el territorio – también en el de las Comunidades autónomas con transferencia de medios- . El registro, coordinado desde la Unidad de Cooperación Internacional de la Fiscalía General del Estado, anota no solo las comisiones rogatorias sino también el resto de solicitudes de reconocimiento mutuo y registra además informaciones fundamentales referentes a estos expedientes como son el país de emisión, el tipo de delito investigado, el tipo de diligencias solicitadas, los tramites que se realizan y las resoluciones adoptadas en la ejecución o anotación de las causas de denegación o aplazamiento lo que permitiría tener un adecuado control de lo recibido y una posterior explotación estadística de todos los datos relevantes. También se incluye una herramienta para controlar el cumplimiento de los plazos para reconocimiento y ejecución de las solicitudes.

La necesidad plasmada en el art. 187.2 b) de que el Fiscal remita al órgano judicial las OEI en las que la autoridad de emisión expresamente solicite que se ejecuten por órgano judicial puede provocar equívocos en las traducciones por las diferencias en español y no en otro idioma entre “órgano judicial” y “autoridad judicial” ya que este último comprende a los Fiscales. Para mayor precisión sería más adecuado modificar en este caso el término “órgano judicial” ” y sustituirlo por Juez o Tribunal.

En relación a este art. 187.2.b conviene resaltar que la idea que subyace en el proyecto es la evitación de la división de la ejecución de una OEI de modo que,



## FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

concurriendo en la misma OEI medidas limitativas de derechos fundamentales y medidas que no lo son, una parte de la OEI permanezca en Fiscalía y otra se dirija al Juzgado competente. Se propone que, con carácter excepcional, el APL prevea la posibilidad de que se pueda practicar por el fiscal diligencias de investigación cuando la OEI se remita a la autoridad judicial atendiendo a la naturaleza de la misma y rigiéndose por criterios de eficacia.

Respecto a la competencia de los distintos órganos judiciales para la ejecución de las OEI que contengan solicitud de medidas limitativas de derechos fundamentales, el anteproyecto mantiene las reglas de competencia básicas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la LOPJ.

Se establece por tanto la competencia general de los juzgados de instrucción o de menores del lugar donde deba practicarse la diligencia y se atribuye la competencia residual para al caso de que no exista conexión territorial a los juzgados de instrucción de Madrid. Sería conveniente que el art.187.3 en el apartado a) se refiriera no solo al lugar donde deba practicarse la diligencia sino también al resto de los criterios que permiten una conexión territorial y que lógicamente no pueden ser exactamente los recogidos en el art.15 de la LECrim ya que se tratará en la OEI de delitos cometidos en el extranjero. El artículo hace referencia al atribuir la competencia residual a los Juzgados de Madrid a la ausencia de conexión territorial, sin embargo al determinar la competencia solo se fija en el lugar donde deba practicarse la diligencia, creemos que sería necesario mencionar esos otros posibles nexos con un territorio como puede ser el lugar en España donde haya residido o se sepa que ha estado el investigado. Como pueden ser muchos e imposibles de relacionar, bastaría añadir al criterio de lugar donde deba practicarse la diligencia “o donde exista alguna otra conexión territorial con la infracción, con el investigado o con la víctima”.



## FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

En casos de ausencia de cualquier conexión territorial es difícil determinar la competencia en un sistema de instrucción como el español anclado en el criterio territorial frente a una realidad en la que el territorio o ha desaparecido completamente o ha dejado de ser, en la mayoría de los casos de delincuencia organizada, un criterio de referencia razonable y eficaz. A que se haya optado por Madrid nada tenemos que objetar, pero es importante advertir que supondrá un aumento notable en la carga de trabajo de los Juzgados de la capital. En cooperación internacional son muchos, y muy relevantes los casos en que se carece de conexión territorial, además de todos los relacionados con la ciberdelincuencia, todas las peticiones de asistencia relativas a intervención o averiguación de datos de teléfonos móviles no contienen normalmente elemento territorial; lo mismo ocurre a veces con las investigaciones financieras. En estos casos, el primer juzgado que realiza la diligencia para averiguar datos relativos al delito suele encontrar posteriormente un elemento de conexión territorial tras lo que se acuerda inmediatamente la inhibición, por eso encontramos especialmente acertada la norma que perpetua a la competencia para la ejecución de la totalidad de la OEI al establecer que el cambio sobrevenido no implicará la pérdida de la competencia del Juzgado que conoce de ella en primer lugar. En la actualidad muchas de estas peticiones terminaban en una continua remisión entre distintos juzgados sin que ninguno de ellos aceptara sin discusión la competencia.

Cuestión distinta y aún más complicada es la fijación de un criterio que establezca la competencia para casos en que la OEI solicite la práctica de diligencias en distintos lugares y por tanto varios juzgados sean igualmente competentes para su ejecución. La determinación de un único órgano competente para la ejecución de la OEI completa es absolutamente necesaria para evitar la actual fragmentación y ejecución parcial y descoordinada en distintos territorios. La competencia se hace residir en el juzgado que sea competente conforme a las normas de preferencia de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al que se remita la OEI por el Ministerio Fiscal.



## FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Esta previsión no altera las normas de determinación de la competencia a que se refiere la Ley de Enjuiciamiento Criminal y las establecidas en este artículo 187.3 pero establece una regla final de cierre para aquellos casos, que no son inhabituales en materia de asistencia legal internacional, en que la OEI solicite medidas a practicar en distintos territorios. Es de valorar la intención de solucionar la fragmentación de la ejecución de las solicitudes de auxilio en un solo órgano, pero, para evitar cualquier inconcreción que pueda provocar alegaciones de *fórum shopping*, convendría fijar en la Ley criterios de preferencia en caso de que varios juzgados resulten territorialmente competentes para la ejecución de las medidas solicitadas. Podría precisarse por ejemplo la preferencia del Juzgado que deba adoptar la medida o medidas restrictivas de derechos fundamentales de mayor entidad o aquel que tenga mayor número de diligencias personales a practicar.

Una vez establecida la concentración en un Juzgado de la competencia para la ejecución de la OEI completa convendría concretar que el Juzgado competente ejecutará el resto de las diligencias que corresponda practicar en otro partido judicial a través del auxilio judicial previsto en la LECrim.

Todo este problema de evitar la fragmentación y favorecer la ejecución única y coordinada de todas las diligencias que se contienen en la OEI no se produciría si la ejecución se hubiera atribuido completa al Fiscal, que conforme a su criterio de unidad de actuación y organización jerárquica, sería capaz de coordinar de forma completa la ejecución en su totalidad de la OEI, solicitando las autorizaciones judiciales correspondientes en los distintos Juzgados territorialmente competentes -o en la Audiencia nacional en su caso- y realizando una tarea de coordinación que es propia del Ministerio Público y que viene llevando a cabo en la actualidad ante la continua fragmentación y dispersión de las distintas medidas contenidas en las comisiones rogatorias. En todo caso, como decíamos, es encomiable la búsqueda de solución a un problema que tiene difícil arreglo en un sistema que mantiene la



## FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

perpetuación del Juzgado de Instrucción territorial como punto central del sistema de investigación penal.

El art.187.3 termina con un último párrafo en el que establece la obligación del juzgado de notificar al Fiscal “el reconocimiento y la ejecución de las medidas de investigación y su remisión a la autoridad de emisión”. Con estas notificaciones se trata de asegurar que el Fiscal tenga conocimiento del estado en que se encuentra la OEI para poder también anotarlos en el registro de forma que se complete la información y se mantenga ordenado el sistema. Sería en todo caso más correcto que se estableciera una redacción más propia de un procedimiento judicial por lo que se propone la siguiente redacción “El Juzgado competente notificará al Fiscal las resoluciones por las que se acuerda el reconocimiento o la denegación de la OEI, así como las resoluciones de aplazamiento o cualesquiera otras que se adopten en el curso de su ejecución así como la finalización de la ejecución y su remisión a la autoridad de emisión”.

### **6.3. Comentarios sobre el Capítulo II. Emisión y transmisión de una orden europea de investigación.**

Tras las normas generales, se regula en el Capítulo II del Título X el procedimiento para la emisión de una OEI por las autoridades judiciales españolas competentes, recogiendo todos los requisitos y el contenido que dispone la Directiva 14/41.

Merece un comentario específico el art.191 en el que se concreta la forma en la que la autoridad española de emisión solicita estar presente en el momento de la ejecución en el extranjero de las diligencias solicitadas. La redacción propuesta en el anteproyecto para el art. 191 dice que “La autoridad española competente podrá solicitar participar en la ejecución de la orden europea de investigación por ella



## FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

emitida, de la misma forma que hubiera podido estar presente en su ejecución en territorio nacional, justificando las razones por las que es conveniente esta participación directa en la ejecución de la diligencia.

La autoridad española competente que participe en la ejecución de la orden europea de investigación 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 dicha orden”.

La forma en que viene redactado este artículo es errónea y restrictiva y no se corresponde ni con el art. 9.4 de la Directiva que dice que “la autoridad de emisión podrá pedir que una o varias autoridades del Estado de emisión asistan a la ejecución de la OEI para apoyar a las autoridades competentes del Estado de ejecución en la medida en que las autoridades del Estado de emisión estén facultadas para participar en la ejecución de las medidas de investigación requeridas en la OEI en un caso similar”.

Tanto el artículo de la directiva como el sentido de la disposición pretenden que puedan asistir a la práctica de las diligencias de investigación no solo concretamente la autoridad de emisión competente que solicita, sino otras autoridades relacionadas con el procedimiento que podrían participar si la diligencia se ejecutara en el propio país de emisión. En la práctica, en la mayor parte de las ocasiones serán funcionarios de la policía española quienes participen solos o junto a la autoridad de emisión y ello requiere una modificación de la redacción para lo que se propone la siguiente:

“La autoridad española competente podrá solicitar la autorización de su asistencia junto a la de otras autoridades, funcionarios, entidades o particulares que ellos designen, o bien sólo la de éstas últimas, para participar en la ejecución de la



## FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

orden europea de investigación por ella emitida, de la misma forma que hubieran podido estar presentes en su ejecución en territorio nacional, justificando las razones por las que ello procede”.

Por otro lado, se observa otro error en el párrafo segundo de este mismo artículo que en el anteproyecto dice: “La autoridad española competente que participe en la ejecución de la orden europea de investigación 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 dicha orden”.

En concordancia con lo dicho con anterioridad y teniendo en cuenta que pueden ser otras las autoridades, funcionarios, entidades o particulares que puedan participar en la ejecución y no siempre autoridad judicial de emisión, no tiene sentido exigir que sea ella la única que pueda recibir las pruebas obtenidas de manera inmediata sino que otras autoridades participantes pueden también recogerlas directamente en el momento de la ejecución. Bastaría con suprimir la referencia a “por ella emitida” para corregir el error y dejar expedita la posibilidad de que los policías y otras autoridades que participen en la ejecución reciban en el acto directamente las pruebas obtenidas.

Por lo que se refiere a la sección segunda de este capítulo que se dedica a las OEI dictadas con el objeto de que se practiquen medidas específicas de investigación, el anteproyecto dedica un artículo concreto a cada una de las medidas que expresamente también regula la Directiva. Ésta se refiere concretamente a las siguientes medidas: el traslado temporal de detenidos a efectos de investigación, la videoconferencia, las informaciones sobre existencia, movimientos o monitorización de cuentas bancarias, las entregas vigiladas, las investigaciones encubiertas o la intervención de todo tipo de telecomunicaciones. Igualmente se regula la adopción de medidas cautelares dirigidas a preservar cualquier tipo de



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO**  
**CONSEJO FISCAL**

pruebas cuando fuera necesario. La Directiva dedica una disposición a cada una de las medidas y regula de forma completa y conjunta los aspectos activos y pasivos. El anteproyecto opta por separar ambas regulaciones y dedica la Sección Segunda del Capítulo II solo a la emisión de una OEI desde España para solicitar la ejecución de una de estas medidas.

La emisión de una OEI para el traslado temporal a España de personas privadas de libertad en el país de ejecución se regula en el art.194 que especifica que procede solicitarlo a través de una OEI cuando el traslado tenga por objeto llevar a cabo una medida de investigación mientras que si lo que procede es la ejecución de una pena, deberá emitirse una OEDE. Nada se dice sobre la necesidad o no de que el traslado cuente con el consentimiento del trasladado, sin embargo, en tanto que en el formulario anexo se debe hacer constar si existe o no ese consentimiento o en su caso si se solicita a la autoridad de ejecución que lo obtenga, el artículo debería especificar si para que España pueda emitir esta OEI se considera o no necesario el consentimiento del trasladado. Incluso es importante también que se haga la precisión contenida en el art.22 apartado 2 a) de la Directiva sobre la necesidad de que cuando el detenido no pueda debido a la edad o a su condición prestar el consentimiento se brinde al representante legal la oportunidad de manifestarse sobre ese traslado. Parece lógico que si el anteproyecto, en el art.214.1, -dedicado a esta medida en el aspecto pasivo- ha optado por denegar los traslados temporales de privados de libertad en España cuando no exista consentimiento del reclamado, por coherencia y lógica solo debe permitirse la emisión de una OEI para traslado cuando no conste expresamente la oposición del reclamado. En el caso de que no sea posible obtener su opinión previamente a la emisión de la OEI habrá que indicar a la autoridad española de emisión que debe solicitar expresamente que se obtenga ese consentimiento.



## FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

En relación a esta cuestión hemos de poner de relevancia que la elevación sistemática de las causas de denegación que en la Directiva son potestativas a obligatorias no nos parece adecuado. De forma particular, respecto de la entrega de detenidos para la práctica de diligencias, no debe de manera absoluta vincularse la emisión de la OEI a la voluntad del afectado -el art.22.2 de la Directiva la considera como causa de denegación potestativa-, sino que debería ser la autoridad competente la que decidiera en definitiva si dicha oposición debe operar como causa de no emisión de la OEI.

Igualmente en el art.195 del anteproyecto, que se refiere al traslado de una persona privada de libertad en España para la práctica de una diligencia en el estado de ejecución, debe constar que solo podrá emitirse con el consentimiento de la persona que va a ser trasladada.

El art. 196 se refiere a la emisión de una OEI para la obtención de declaraciones a través de la videoconferencia de una persona que se encuentre en otro Estado de la UE. El artículo se limita a expresar la posibilidad de emisión de una OEI para la audición por videoconferencia de peritos, testigos, investigados y encausados y a remitir al acuerdo entre autoridades la concreción de las disposiciones prácticas para la ejecución. Sin embargo, es importante recordar que la forma de la práctica de videoconferencias en el extranjero ha dado lugar a importantes problemas. Hasta ahora muchas cuestiones prácticas venían recogidas en el art. 10 del Convenio de Asistencia Judicial entre los países miembros de la UE de 20 de mayo de 2000 de donde han sido tomadas las disposiciones de la Directiva. Estas cuestiones se concretan en el art. 216 para regular los supuestos en que España es el país de ejecución y convendría hacer aquí una remisión a este artículo conforme al cual se llevará a cabo la videoconferencia también cuando España sea el país de emisión.



## FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

En relación al art. 25 de la Directiva (arts. 197 y 206.6 del anteproyecto) ha de mencionarse que la legislación procesal española no ha regulado la declaración por conferencia telefónica, sino tan sólo la videoconferencia; así, el art. 325 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal indica que “el juez, de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como investigado o encausado, testigo, perito, o en otra condición resulte particularmente gravosa o perjudicial, podrá acordar que la comparecencia se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”.

Señala este art.229.3 LRM que las actuaciones judiciales “podrán realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el juez o tribunal”.

En tal sentido entendemos que las declaraciones de investigados, acusados, peritos o testigos deben ser presenciales o por algún medio que permita de forma simultánea la transmisión de la imagen y el sonido; sobre las conferencias telefónicas para testigos o peritos nada se dice en la normativa aplicable.

Nos encontramos con la situación en que en ámbito de la cooperación judicial se prevé la posibilidad de la emisión de una OEI para conferencia telefónica en el art. 197 y de su ejecución en el art. 216.6 -en éste último caso de forma pormenorizada por remisión a las normas de la videoconferencia-, siendo que en



## FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

el ámbito nacional no está regulada dicha diligencia. Hay que indicar que, ante esta falta de regulación de la conferencia telefónica en la legislación procesal española, el recurso a una vía de investigación diferente conforme al art. 10 de la Directiva o el art.207.3 del anteproyecto hubiera sido lo adecuado, pues la conferencia telefónica no se encuentra dentro de las medidas que obligatoriamente han de encontrarse reguladas a nivel nacional en el Estado de ejecución; sin embargo el anteproyecto de forma expresa regula tal diligencia de investigación, originando esta disfunción con la Ley de Enjuiciamiento Criminal, situación que entendemos debe ser convenientemente abordada.

Nuevamente, en cuanto al consentimiento de los afectados, y puesto que el art. 216 obliga a la autoridad española a denegar la videoconferencia solicitada cuando se trate de un investigado o encausado y éste no preste el consentimiento, sería conveniente hacer constar que no procede la emisión de OEI por la autoridad española si le consta que el investigado o encausado no consiente comparecer por esa vía.

Por otra parte, al igual que se ha dicho respecto de los traslados de detenidos, no puede vincularse de modo absoluto la voluntad del afectado a la práctica de la videoconferencia, efecto que resulta como consecuencia de la elevación de la causa potestativa de denegación del art. 24.2 de la Directiva a causa obligatoria en el art. 216.1 en el anteproyecto. Esta situación, además, produce el efecto de que el ordinal quinto del artículo resulta en parte incongruente, pues el si la declaración de quien haya de declarar está siempre vinculada a su voluntad, su no declaración no puede traer consecuencia alguna (tan sólo serían aplicables las consecuencias del falso testimonio que prevé este ordinal quinto).

Los arts.198, 199 y 200 del anteproyecto vienen a recoger el contenido de las medidas de investigación en relación con cuentas bancarias a las que se refieren



## FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

los arts.26, 27 y 28 de la Directiva 41/14 y que son en definitiva las medidas que vienen a sustituir el contenido del *Protocolo al Convenio de asistencia judicial penal entre los países miembros de la UE (Convenio 2000) de 16 de Octubre de 2001*. La Directiva amplía el ámbito de las medidas que permitía el Protocolo al referirse también a las cuentas mantenidas en entidades financieras no bancarias que no se mencionaban en el Protocolo de 2001 y que sin embargo si están incluidas en las disposiciones del *Convenio del Consejo de Europa relativo al blanqueo, embargo y comiso del delito y a la financiación del terrorismo de 16 de Mayo de 2005*.

Las medidas del art.198 se refieren a la obtención de la información sobre cuentas bancarias o en entidades financieras que pueda tener el investigado o encausado en otro país tanto si es titular como si la tiene de alguna forma bajo su control. Las medidas del art.199 se refieren a concretas operaciones realizadas o a punto de ser realizadas en cuentas específicas que en este caso pueden pertenecer tanto al encausado como a otras personas ajenas al procedimiento. Los artículos de la Directiva se refieren a las obligaciones de proporcionar estos datos en la medida en que obren en poder de las entidades requeridas. Las disposiciones concretas en materia de conservación y retención de datos e informaciones bancarias no figuran en esta norma y no tienen que ser desarrolladas en esta ley sino que provienen de la Directiva de 20 de mayo de 2015 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifica el Reglamento (UE) nº 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión y en España aparecen desarrolladas en la Ley 10/2010 de 28 de Abril *de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo* y el Reglamento RD 304/2014 de 5 de Mayo por el que se aprueba el Reglamento de la Ley y se crea el fichero de titularidades financieras.



## FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

El art.200 se refiere al art. 28 de la Directiva 41/2014 e incluye en el mismo precepto sin mencionarlas expresamente las medidas de monitorización de los movimientos de cuentas bancarias y las entregas controladas en tanto que los dos casos son supuestos de obtención de pruebas en tiempo real, de manera continua y durante un determinado periodo de tiempo. Ahora bien, aunque el art.28 de la Directiva las regula de forma conjunta, hace expresa mención, aunque sea a título de ejemplo, a las dos medidas, mientras que en el anteproyecto se generaliza de tal forma la redacción que se dificulta saber a qué tipo de diligencias se refiere. Proponemos la inclusión, siquiera sea a título de ejemplo como hace la Directiva, de la mención a las medidas dirigidas al seguimiento de operaciones bancarias u otras operaciones financieras efectuadas a través de una o más cuentas especificadas y de las entregas controladas en el Estado de ejecución. Es importante tener en cuenta que no es propiamente solo un ejemplo esta mención expresa a la medida y así el propio art.28 de la Directiva hace referencia expresa posteriormente a la entrega vigilada como medida respecto a la que los Estados de emisión y ejecución deben pactar las disposiciones prácticas sobre cómo llevarla a cabo. Convendría además incorporar al art.200 del anteproyecto esta disposición sobre el acuerdo para la ejecución.

El art.202 regula la emisión de la OEI para la intervención de comunicaciones que aparece en el art. 30 de la Directiva. La intervención de las comunicaciones es una de las medidas restrictivas más sensible de las que pueden adoptarse para la investigación de un delito. Precisamente por ello, el propio Convenio del año 2000 en su art.18 exigía que la solicitud se emitiera de conformidad con su derecho interno y requería además la confirmación de la existencia de una orden o mandamiento legal acordando la medida. Pese a que la Directiva no lo explicita es evidente que la medida solo puede solicitarse a través de la OEI cuando proceda conforme al derecho español y cuando además haya sido acordada por un auto que contenga todos los requisitos exigidos para la adopción de la medida. Aunque



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO  
CONSEJO FISCAL**

es cierto que la OEI es un instrumento único y puede contener en relación con otro tipo de medidas no restrictivas de derechos fundamentales toda la información y requisitos necesarios para la solicitud de la medida, en este caso, al igual que siempre que se requiere autorización judicial para la adopción de una medida, sería necesario que en el procedimiento interno se dictara el auto acordando la intervención de las comunicaciones, con todos los fundamentos y razonamientos que no tiene lugar ni espacio en la OEI. La necesidad de una decisión judicial previa y distinta de la orden europea ha sido además exigida por el TJUE en la Sentencia del caso Bob-Dogi C-214/15 de 1 de Junio de 2016. Por tanto, habida cuenta de dudas surgidas en la práctica en este tema y en relación con otros instrumentos, convendría que la ley lo indicara expresamente.

Por otro lado, se echa de menos una mención específica a las dos posibles formas de llevar a cabo la intervención de las comunicaciones a las que si se refiere el art. 30 de la Directiva y que convendría especificar porque así figura además en el formulario de la orden.

Se propone para ello la siguiente redacción:

“1.La autoridad española competente emitirá una orden europea de investigación cuando, una vez acordado por auto dictado conforme a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, proceda la intervención de las comunicaciones en otro Estado miembro y se requiera su asistencia técnica.

2. La autoridad competente española podrá acordar con la autoridad de ejecución que la intervención se ejecute conforme a una de las dos siguientes modalidades:

- a) Transmitiendo directamente la telecomunicación al Estado de emisión,
- b) Interviniendo y registrando en el Estado de ejecución la telecomunicación para proceder una vez registrada al traslado del resultado al Estado de emisión”.



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO  
CONSEJO FISCAL**

**6.4 Comentarios al Capítulo III sobre la ejecución de la orden europea de investigación**

El capítulo dedicado a la ejecución de la OEI se divide, como el referente a la emisión, en una sección que contiene el régimen general y otra dedicada a la ejecución de medidas específicas de investigación.

La sección dedicada al regular el régimen general viene a transponer lo dispuesto en los arts.9 y 10 de la Directiva.

El primer comentario sobre esta sección se refiere al art.205.2 y tiene relación con lo ya expresado en los comentarios a la parte general en relación con la definición de autoridades competentes para la emisión y la necesidad de concretar refiriéndose a *autoridades judiciales competentes*. Pues bien, el art. 205.2 indica a la autoridad española de ejecución que debe rechazar y devolver la OEI que no hubiera sido emitida por la autoridad de emisión competente. Este artículo traspone erróneamente lo dispuesto en el art. 9.3 de la Directiva que no se refiere en general a *autoridades competentes*, sino que concreta, por referencia al art. 2 c), que en cualquier país receptor debe rechazarse la OEI que no haya sido emitida o validada por un Juez, Tribunal o Fiscal. Y esa concreción debe exigirse al art. 205.2 que debería expresar exactamente este concepto diciendo que la autoridad española devolverá cualquier OEI que no haya sido emitida o validada por Juez, Tribunal o Fiscal.

En relación con el art.206, debemos señalar que, puesto que el anteproyecto ha optado por regular en primer lugar el reconocimiento de la OEI, posteriormente los motivos de denegación y suspensión y por último la forma de ejecución, en una sistemática ordenada sería preferible regular esta cuestión junto al resto de



## FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

medidas que se refieren a la ejecución y por tanto después del art.210. Referirse a esta cuestión que es claramente una cuestión relativa al procedimiento de ejecución, tras la referencia al auto o decreto de reconocimiento entorpece y dificulta la lectura y la comprensión de la ley.

El art. 207 del anteproyecto que transpone esencialmente lo dispuesto en el art. 10 de la Directiva es especialmente desafortunado. En primer lugar, porque ni siquiera respeta el título del art. 10 que habla del *recurso a medidas de investigación distintas* y que tiene por objeto permitir a las autoridades de ejecución acudir a medidas diferentes y menos invasivas que las solicitadas por la autoridad de ejecución cuando con ello se consiga el mismo resultado. El art.207, sin embargo, lleva por título *Ejecución de las medidas solicitadas en la orden europea de investigación* y se redacta en forma positiva de forma que se ordena la ejecución siempre que exista en España y pueda ser acordada en un caso similar. A continuación, recoge las medidas a las que se refiere el art. 10 que siempre tienen que existir en el Estado de ejecución.

El art. 10 de la Directiva dice lo siguiente:

“Sin perjuicio del artículo 11, el apartado 1 no se aplicará a las siguientes medidas de investigación, que siempre tienen que existir en el Derecho nacional del Estado de ejecución:

a) la obtención de información o de pruebas que obren ya en poder de la autoridad de ejecución siempre que, de conformidad con el Derecho nacional del Estado de ejecución, esa información o esas pruebas hubieran podido obtenerse en el contexto de un procedimiento penal o a los fines de la 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 a la autoridad de ejecución en el marco de un procedimiento penal;



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO  
CONSEJO FISCAL**

c) la declaración de un testigo, un perito, una víctima, un investigado o acusado o un tercero en el territorio del Estado de ejecución;

d) cualquier medida de investigación no invasiva definida con arreglo al Derecho nacional del Estado de ejecución;

e) la identificación de personas que sean titulares de un número de teléfono o una dirección IP determinados.”

Es importante tener en cuenta a estos efectos que, aunque la Directiva pretende que no sean denegadas nunca estas medidas por no existir o no estar disponibles para un caso similar en el estado de ejecución, deja a salvo la aplicación de los motivos de denegación del art.11 y debe entenderse que permite por tanto la denegación de la práctica de estas medidas al menos en el caso de los procedimientos administrativos tal y como prevé el art.11. 1 c) al que a continuación haremos referencia. Pese a que hay que decir que la Directiva no es nada clara, esto debe entenderse así y por ello precisamente el art.11 hace una salvedad expresa a la imposibilidad de aplicar a estas medidas los motivos de denegación previstos en los arts.11 g y h, pero nada dice en relación a que no sea aplicable a estas medidas el resto de los motivos de no reconocimiento y concretamente el motivo de no reconocimiento previsto en el art. 11.1.c). Por tanto, para atenerse a la Directiva y sobre todo para evitar en España abusos de solicitud de medidas de investigación en relación con infracciones administrativas, además de incluir en el art.208, como a continuación se indicará, el motivo de no reconocimiento mencionado, el art. 207 debe hacer la misma salvedad que hace el art. 10 de la Directiva y advertir que “sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 208, la autoridad competente ordenará la ejecución de la medida de investigación solicitada fuera alguna de las siguientes:”.



## FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Los motivos de no reconocimiento que se contienen en el art.11 de la Directiva se trasponen en el art 208 que estimamos contiene algunos errores especialmente importantes que deberían ser subsanados.

En primer lugar debe analizarse la compatibilidad del art.11 de la Directiva con el art.32LRM que contiene los motivos generales de no reconocimiento y al que remite el art.208 LRM. En este punto hay que señalar que el motivo de no reconocimiento que figura en el art. 32.3 es decir, que el delito se hubiera cometido en España, no figura como motivo de no reconocimiento en esta Directiva, no se contempla en el art.11 y por tanto debe ser excepcionada su aplicación, plasmándolo en el anteproyecto, bien en el art.208 con un nuevo apartado en el que se indique el motivo de no reconocimiento del art.32.3 no es aplicable a la OEI, o bien mencionándolo así en el art. 32.3 LRM. El cambio que se propone no es baladí, la concurrencia de jurisdicciones sobre un mismo hecho es cada vez más habitual y el legislador europeo no puede permitir que se deniegue el auxilio judicial solo porque el hecho o parte del mismo haya sido cometido en el país de ejecución, en muchos casos habrá incluso acuerdo de las autoridades competentes para que la investigación se lleve a cabo en el país de emisión.

En cuanto a estas causas generales de no reconocimiento, el art.32.1.d hace referencia a la existencia de inmunidad que impida la ejecución; sin embargo la Directiva señala en el art.11.1.a que se podrá denegar la OEI *cuando exista una inmunidad o privilegio en el Derecho del Estado de ejecución que haga imposible ejecutar la OEI, o normas sobre determinación y limitación de la responsabilidad penal en relación con la libertad de la prensa y la libertad de expresión en otros medios de comunicación que imposibiliten su ejecución*; por consiguiente el alcance de la causa es de mayor alcance, porque incluye, además de las causas de inmunidad los privilegios que pudieren existir y además se añade la causa relativa a libertad de prensa y expresión en medios de comunicación (que la



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO**  
**CONSEJO FISCAL**

Directiva ha tratado de forma independiente a los motivos del apartado f). Este tenor no está incluido de forma adecuada en el art.32 ni en las causas específicas de denegación para la OEI del art.208.

Respecto al resto de los motivos de no reconocimiento del art.11 aparecen recogidos en el art.208 del anteproyecto, a excepción del motivo del art.11.1.c) que expresamente dice que se podrá denegar el reconocimiento *Cuando la OEI haya sido emitida para los procedimientos contemplados en el art. 4, letras b) y c) y la medida de investigación no estuviese autorizada, con arreglo al Derecho del Estado de ejecución, para un caso interno similar.*

Se trata de los procedimientos de investigación en relación con infracciones administrativas que tienen posibilidad de ser revisadas por un órgano jurisdiccional con competencia penal y a los que ya nos referimos al inicio. Este tipo de procedimientos, como ya decíamos, no existen en el ordenamiento español y el motivo de no reconocimiento es especialmente importante, precisamente porque este tipo de procedimientos no existen en España y las medidas de investigación administrativas son más limitadas que las judiciales. No bastaría a estos efectos la previsión del art.207.3 que se encuentra en el artículo dedicado a la posibilidad de acudir a medidas de investigación distintas de las solicitadas cuando estas no existan en España para un caso interno similar porque no se contiene la posibilidad de denegar que sí permite el art.11.1.c). Conviene por tanto incluir expresamente en el art. 208 este motivo de no reconocimiento.

El art.209 regula las causas de suspensión o aplazamiento de la ejecución de una OEI, implementando el contenido del art.15. Desde el punto de vista sistemático entendemos que sería más adecuado que el art.209 fuera después del actual art.210 dedicado a regular el procedimiento de reconocimiento y ejecución.



## FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

En relación con el art.210 en el que se establecen las normas para que la autoridad española reconozca y ejecute las medidas también tenemos algunas observaciones de sistemática, especialmente relativas al art.210.2. Este artículo contiene la posibilidad de que se reciban ordenes complementarias directamente de las autoridades extranjeras que participen en la ejecución, aspecto que creemos debería ser incluido en el artículo que regula la participación de esas autoridades, (en el texto del anteproyecto sería el art.206), pero que, como se dijo, proponemos que vaya después de este art. 210.

También una sistemática más ordenada aconsejaría que el apartado 6 del art.210 figurara en el apartado 2. De esa forma el artículo contendría ordenadamente primero todas las cuestiones relativas al reconocimiento de la orden y posteriormente las referentes a su ejecución.

El art.212 del anteproyecto establece que el Ministerio Fiscal, como autoridad receptora, acusará recibo a la autoridad de emisión con la remisión del formulario del Anexo XIV en el que el Fiscal, como decíamos respecto al art.187, informa además a la autoridad de emisión de que fiscalía o juzgado serán los encargados de la ejecución. A continuación establece que la autoridad encargada de la ejecución informará a la autoridad de emisión “a) Si es imposible adoptar una resolución de reconocimiento y ejecución debido a que el formulario del Anexo XIII está incompleto o es manifiestamente incorrecto, o no estuviese traducido al castellano o a alguna de las lenguas admitidas por España”.

Estimamos que cuando el defecto en el formulario sea tan evidente como que no esté traducido o sea manifiestamente incorrecto debería ser el Fiscal, aunque la OEI contenga medidas limitativas de derechos fundamentales, quien informará inmediatamente a la autoridad de ejecución sin necesidad de que el Fiscal deba remitirlo al juzgado para que sea éste el que solicite la traducción o la rectificación



## FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

de los errores manifiestos que contenga la orden, juzgado al que se remitiría por supuesto posteriormente dicho formulario una vez traducido o corregido cualquier otro defecto.

### **6.5 Comentarios respecto a la disposición transitoria**

La ley establece un régimen transitorio conforme a lo previsto en la Directiva. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que muchos Estados, como España, pueden retrasarse en su implementación y, salvo que España fuera el último Estado en transponer, debe preverse en la norma el tratamiento a la posible recepción o necesidad de emisión de OEI en relación con países que no hayan implementado en sus ordenamientos internos la regulación de la OEI. Para ello, sugerimos una redacción similar a la que sigue que podría ser incorporada a través de un nuevo apartado tres en la disposición transitoria del anteproyecto:

“Respecto de aquellos Estados miembros vinculados por la Directiva y que a la fecha de entrada en vigor de la presente ley no hayan efectuado su transposición, las autoridades españolas competentes continuarán aplicando las disposiciones correspondientes de los Convenios y protocolos indicados en el art.34 de la Directiva. En todo caso, la interpretación de las disposiciones de los Convenios se hará, en la medida de lo posible, a la luz de la regulación que esta ley establece para la orden europea de investigación”.

### **6.6 Comentarios sobre errores en el anexo**

El formulario de la OEI que se contiene en el anexo XIII tiene algunos errores que se corresponde con traducciones literales que pueden conducir a error y por eso se proponen las siguientes modificaciones.



## FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

En la Sección C no debería decirse *vista oral* sino *declaración de testigos, peritos, etc.*

En la Sección D al final hay un error y dice se *ha remitida* cuando debería decir se *ha remitido*.

En la Sección E, en el combo para marcar la posición que corresponde en el procedimiento a la persona afectada, se dice *sospechoso o acusado*. La expresión *sospechoso* debería sustituirse por la de *investigado* como hace el resto del texto del anteproyecto.

### **7.- COMENTARIOS SOBRE LA MODIFICACION DE LA LEY DE ASISTENCIA JURIDICA GRATUITA**

La disposición adicional segunda presenta la propuesta de modificación de la Ley 1/1996, de 10 de enero, *de asistencia jurídica gratuita* para adaptarla a las obligaciones impuestas en 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*.

De conformidad con ello se introduce en el art.1 de esta ley la necesidad de tomar en consideración los requerimientos específicos de las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad como dispone específicamente el art.9 de la Directiva mencionada.

La siguiente modificación es sustantiva y se refiere al art.6.3 de esta ley, para ampliar el ámbito de cobertura de la asistencia a los delitos leves cuando así lo



## FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

requiera expresamente el investigado o acusado de conformidad con lo dispuesto en la Directiva 2013/48/UE 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.*

Por último, la Ley se modifica para introducir un art.21 bis regulando el derecho a la solicitud de sustitución *justificada* del profesional designado, nuevamente la modificación que nos parece correcta y oportuna responde a la transposición de la obligación contenida en la Directiva 2016/1919, *sobre asistencia jurídica gratuita*, que en su art.7.4 establece que “Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que los sospechosos, acusados y las personas buscadas tengan derechos 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”.

### **8. CONCLUSIONES**

1. Se valora positivamente la decisión de transponer la Directiva 14/2014 en la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. Resulta igualmente adecuado introducir la regulación en el Título X, de la Ley que venía regulando el exhorto europeo, que queda ahora formalmente derogado.

2. Se propone que en la memoria que acompaña al APL analizando el impacto económico derivado de su entrada en vigor debe prever la ampliación de la plantilla de la Carrera fiscal y del personal auxiliar en las fiscalías, así como, en relación al personal auxiliar, los gastos que pueden derivarse de su formación para la realización de las nuevas funciones que se les asignan.



## FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

3. Se considera un acierto aprovechar esta modificación para corregir la ley en aquellos aspectos que la práctica había puesto de manifiesto que eran ineficaces. Ello no obstante, se considera que esta oportunidad debería ampliarse a los siguientes extremos, en la parte general de la norma, que no contempla el borrador de anteproyecto:

- Incluir en el art.4 LRM una mención al EOMF como norma supletoria.
- Es conveniente incorporar una mención a las reglas para determinar a qué Estado soportará los gastos de traducción.
- Actualizar los apartados 4 y 5 del art.24 LRM para acomodarlos a la Ley 16/2015, de 7 de julio, *por la que se regula el estatuto del miembro nacional de España en Eurojust, los conflictos de jurisdicción, las redes judiciales de cooperación internacional y el personal dependiente del Ministerio de Justicia en el Exterior.*
- Modificar el art. 20 LRM para hacer la referencia al umbral de pena junto a la lista de delitos como criterios conjuntos para excluir el control de doble tipicidad.
- Concretar en el art.24 LRM el sistema de recursos al que remite. Se sugiere que se considere el que la LECrim prevé para el procedimiento abreviado.
- Incluir en el art.32.1 LRM como motivo de denegación, en los términos que se expresan en el cuerpo del informe, la prescripción del delito.
- Exigir que cuando se deniegue la ejecución en aplicación del criterio de territorialidad que recoge el art.32.3 LRM, deberá deducirse testimonio cuando resulte procedente y remitirse al órgano competente para iniciar en España el correspondiente procedimiento, a fin de evitar la impunidad.

4. En torno a la reforma de los Títulos III, VII y VIII, se realizan las siguientes consideraciones:



## FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

4.1. Sería conveniente incluir en la Exposición de Motivos una mención a la especial situación en la que quedan Irlanda y Dinamarca, en la medida en que respecto de estos países seguirá aplicándose el Título VII de la Ley.

4.2. La mención a la ORGA introducida en el art.165 LRM se considera superflua, puesto que en la redacción vigente, que se mantiene en la nueva propuesta, ya se menciona al Ministerio de Justicia como responsable de la eventual negociación sobre los costes excepcionales de la ejecución de una OEI, y la ORGA no es sino una Dirección General de ese Ministerio.

4.3. Es deseable mantener el artículo 172.3 LRM, que el anteproyecto deroga, referido al patrimonio histórico español.

5. Respecto de la reforma de la OEDE (Título II):

5.1. Se sugiere la incorporación expresa en la regulación del contenido del art.10.5 de la Directiva, relativo a la obligación de la autoridad judicial de proceder a la designación de un letrado de oficio cuando el reclamado no disponga de abogado en el país de emisión y desee designarlo.

5.2. Sería conveniente actualizar el contenido del art.38 LRM, suprimiendo la mención al Convenio de Asistencia Judicial en materia penal entre los Estados miembros de la UE de 29 de Mayo de 2000, o delimitando, cuando menos, su alcance.

5.3. Resulta necesario modificar el art.48.2 b) LRM para equiparar residentes y nacionales, a sus efectos, en aplicación de la jurisprudencia del TJUE.

6. Como aspectos generales de la regulación de la OEI, se plantea:

- Que a la vista de la complejidad del régimen derogatorio previsto en el art.34 de la Directiva, se realice una mención a los instrumentos y



## FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

disposiciones que quedarán en vigor, que podría incorporarse en la Exposición de Motivos.

- La necesidad de reformar el art.17 LRM para incluir una mención a la nueva comunicación a la Comisión en relación con el régimen lingüístico.
- La conveniencia de reflexionar sobre la oportunidad de designar otras autoridades competentes para la ejecución de OEI de naturaleza administrativa y las referidas a sanciones pecuniarias.

7. En relación con el Capítulo I del Título X, se realizan las siguientes observaciones:

7.1. A fin de evitar la confusión que puede generar en terceros Estados la referencia a *autoridades competentes*, resulta imprescindible incluir el termino *judiciales* en el art.186.1 LRM.

7.2. Es necesario concretar esas órdenes por la autoridad judicial validadora.

7.3. Resulta necesario además incluir un nuevo apartado en el art.186 con el siguiente tenor “Únicamente son autoridades judiciales con capacidad para la emisión de OEI, los Jueces, Tribunales o el Ministerio Fiscal. En el caso de que la OEI se emita, conforme a la legislación del estado emisor, por una autoridad diferente de las anteriores, la OEI deberá contar con la expresa validación de una de las autoridades judiciales mencionadas”. Si no se hiciera así, debería incluirse una aclaración en este sentido en el art.205 LRM.

7.4. Se valora positivamente la redacción del art.187 LRM, si bien se considera oportuna la mención al EOMF.

7.5. El nuevo diseño de competencias que sitúa al Ministerio Fiscal como única autoridad receptora de las OEI permitirá una mejor gestión y control estadístico y supone una notoria mejora del sistema actual de la cooperación internacional, al



## FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

dotarlo unidad y eficacia. Su informe previo y preceptivo agilizará la tramitación y mejorará las posibilidades de coordinación.

7.6. Sería conveniente que el art. 187 explicitara la obligación del Fiscal de acusar recibo conforme al anexo XIV y notificar a la autoridad de emisión la remisión de la OEI al Juzgado con la información de los datos del mismo. En el mismo precepto, se sugiere sustituir la expresión *órgano judicial* por *Juez o Tribunal* para evitar equívocos de traducción.

7.7. Debería revisarse los criterios de atribución de competencia territorial del art.187.3 LRM, con la inclusión de una fórmula de cierre del tenor “o donde exista alguna otra conexión territorial con la infracción, con el investigado o con la víctima”. Convendría igualmente fijar un criterio que establezca la competencia para casos en que la OEI solicite la práctica de diligencias en distintos lugares y por tanto varios juzgados sean igualmente competentes para su ejecución, fijando además criterios de preferencia en evitación del *fórum shopping*. Igualmente es conveniente concretar que el Juzgado competente ejecutará el resto de las diligencias que corresponda practicar en otro partido judicial a través del auxilio judicial previsto en la LECrim.

7.8. Se sugiere la mejora de la redacción del último párrafo del art.187.3 en los términos que constan en el cuerpo del informe.

8. Por lo que respecta al Capítulo II del Título X:

8.1. Se sugiere incluir en el art.191 LRM la posibilidad de que autoridades funcionarios, entidades o particulares distintos de las de emisión, autorizadas por ellas, puedan participar en la ejecución de la OEI, así como recibir directamente las pruebas obtenidas.

8.2. Se considera una práctica inadecuada la elevación sistemática de las causas de denegación potestativas a obligatorias. Fruto de ello resultará que los traslados



## FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

de personas o las declaraciones por videoconferencia quedan al albur de la decisión del sujeto afectado.

8.3. En todo caso, si se mantiene el consentimiento como criterio para la ejecución de OEI, deberían revisarse los arts.194 a 196 para establecer el mismo requisito en caso de que España sea autoridad emisora.

8.4. Visto que la regulación procesal española no prevé la declaración por conferencia telefónica, no procede su inclusión en el ámbito de la cooperación internacional. Las declaraciones de investigados, acusados, peritos o testigos deben ser presenciales o por algún medio que permita de forma simultánea la transmisión de la imagen y el sonido. Procede en este caso aplicar el art.10 de la Directiva. Para el caso de mantenerse, lo expuesto en los puntos anteriores sobre el consentimiento sería aplicable a esta diligencia.

8.5. Resulta conveniente separar la regulación de la monitorización de movimientos bancarios y la de las entregas controladas. En relación con las últimas, debería trasladarse al art.200 la previsión de la Directiva sobre la necesidad de que los Estados pacten las condiciones prácticas de las mismas.

8.6. Es necesario dejar constancia en la ley de la necesidad de un Auto judicial que acuerde la intervención de las comunicaciones, distinto de la OEI, como ha recordado el TJUE. Se propone además en el cuerpo del informe una nueva redacción del art 202 del APL que detalle los diferentes tipos de intervenciones posibles.

9. En relación con el Capítulo III del Título X, se sugiere:

9.1. La inclusión en el art.205 LRM a *autoridades judiciales competentes* en lugar de *autoridad competente*.

9.2. En cuanto a sistemática, trasladar el contenido del art.206 y 209 a continuación del 210 LRM, junto con las demás cuestiones relativas a la ejecución.



## FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

El contenido del art.210.2 debería a su vez incluirse en el actual 206, con la numeración que finalmente le sea atribuida. Finalmente, el apartado 6 del art.210 debería adelantarse como apartado 2.

9.3. Corregir la transposición del art.207, que ha derivado en una regulación a la inversa de lo que pretendía la Directiva. La redacción del anteproyecto ordena la ejecución de la diligencia siempre que exista en España y pueda ser acordada en un caso similar. Lo que debería trasladarse al texto es la necesidad de ejecutar siempre otra diligencia que habilite nuestro sistema para un supuesto similar, en el caso de que la solicitada no resultara admisible.

9.4. Los artículos 208 y 32 LRM no contienen ni todas las causas del art.11 de la Directiva ni en la forma que éste las regula, por lo que debería revisarse, a fin de que al menos:

- Se indique en el art.32 LRM que la comisión del delito en territorio español no puede ser causa de no reconocimiento.
- Se matice en el sentido del art.11 de la Directiva la referencia a la inmunidad que contiene el art.32 LRM.
- Se incluye como motivo de no reconocimiento el mencionado en el art.11.1.c) de la Directiva referido a infracciones administrativas.

9.5. Para el caso en que el formulario de OEI no esté traducido o sea manifiestamente incorrecto, incluso en el caso de que lo solicitado afecte a derechos fundamentales, no se considera necesaria la remisión a la autoridad judicial, sino que debería habilitarse al Ministerio Fiscal para reclamar la oportuna corrección, remitiéndolo al órgano judicial una vez subsanado.

10. Debe preverse en la norma el tratamiento a la posible recepción o necesidad de emisión de OEI en relación con países que no hayan implementado en sus



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO  
CONSEJO FISCAL**

ordenamientos internos la regulación de la OEI. Se formula propuesta de redacción.

11. El Anexo XIII contiene algunos errores materiales en las Secciones C, D y E que deben ser corregidos.

12. Se consideran acertadas las modificaciones introducidas en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de *asistencia jurídica gratuita* para adaptarla a las obligaciones impuestas en 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*.

Madrid, a 20 de septiembre de 2017

**EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO  
PRESIDENTE DEL CONSEJO FISCAL**

**José Manuel Maza Martín**