

### Ley 3/2018, de 11 de junio, por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, para regular la Orden Europea de Investigación [BOE n.º 142, de 12-VI-2018]

#### ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACIÓN

En el marco del espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea, el Consejo Europeo de 10 y 11 de diciembre de 2009 decidió apostar, a través del denominado Programa de Estocolmo, por la creación de una estructura general para obtener «pruebas» en los supuestos transfronterizos. Esta nueva formulación situó su fundamento en el principio de reconocimiento, pero bajo el dintel de la flexibilidad del sistema tradicional de asistencia judicial.

Consecuencia directa del señalado proceso de debate y reflexión, surgió 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 clave de bóveda de la Directiva resulta evidente: se establece un sistema basado en un único instrumento para la obtención de «prueba» penal transfronteriza en el ámbito de la Unión Europea.

Como es sabido, la transposición de la Directiva ha venido de la mano de la Ley 3/2018, de 11 de junio, por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, para regular la Orden Europea de Investigación. A su través, liquidó el legislador español un compromiso que ya no admitía más demora. En esta, como en otras tantas ocasiones, nuestro legislador ha mostrado una diligencia francamente mejorable a la hora de proceder a las respectivas transposiciones. El cotejo entre fechas permite colegir que, frente a la previsión del artículo 36 de la Directiva, de conformidad con la que los Estados debían adoptar las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo en ella dispuesto a más tardar el 22 de mayo de 2017, el legislador español, simplemente, no acertó a satisfacer sus compromisos comunitarios.

Lo cierto es que ello no puede causar sino asombro porque, con independencia de lo que *infra* se destacará, no cabe duda de que el salto cualitativo en la materia no resulta en absoluto desdeñable. Pero, es más: el asombro torna en perplejidad si se atiende a la circunstancia de que, tal y como se apresura a destacar la propia Ley 3/2018, la Directiva fue propuesta bajo presidencia española.

La batería de dificultades derivadas de la referida demora provocó, como mal menor, la adopción del Dictamen 1/17 de la Fiscal de Sala de Cooperación Penal Internacional sobre el régimen legal aplicable debido a la no transposición en plazo de la Directiva y sobre el significado de la expresión «Disposiciones correspondientes».

Dificultades y urgencias aparte, corresponde ahora entrar a analizar algunos extremos de la Ley 3/2018 que entendemos de interés. Con carácter preliminar, conviene notar que la Ley objeto de nuestro estudio estructura su arquitectura sobre un artículo único que sitúa su horizonte, justamente, en la modificación de la Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. Acompañan al referido artículo único una disposición adicional, una transitoria y una derogatoria, seguidas de seis disposiciones finales, todo ello precedido por un preámbulo conformado por cinco expositivos. Aun cuando la Ley 3/2018 se focalice, en efecto, fundamentalmente en el aspecto señalado, importa destacar que las tres primeras disposiciones finales modifican, respectivamente, la Ley de asistencia jurídica gratuita, la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley de acción y del servicio exterior del Estado.

Centrando nuestro interés en los veintisiete puntos del artículo único, forma parte de lo propio subrayar qué es lo que debe ser entendido cuando se alude a la «orden europea de investigación». El modificado artículo 186 se refiere a ella como una resolución penal emitida o validada por la autoridad competente de un Estado miembro, dictada para la realización de una o varias medidas de investigación en otro Estado miembro, cuyo objetivo es la obtención de «pruebas» para su utilización en un proceso penal. De igual modo se podrá emitir con vistas a la remisión de «pruebas» o de diligencias de investigación que ya obren en poder de las autoridades competentes del Estado miembro de ejecución.

Más allá del mejorable rigor técnico de algunas referencias conceptuales, las implicaciones de lo afirmado son evidentes. Justamente por ello, el inciso final de la señalada disposición hace notar que, a los efectos de nuestro sistema de Justicia penal, se considerarán válidos los actos de investigación realizados por el Estado de ejecución, siempre que no contraríen los principios fundamentales del ordenamiento jurídico español ni resulten contrarios a las garantías procesales que le son propias.

Podrá referirse la orden a procedimientos –tanto administrativos como judiciales– incoados por las autoridades competentes de otros Estados por la comisión de infracciones administrativas en su ordenamiento, cuando la decisión pueda derivar en un proceso ante un órgano jurisdiccional, en especial en el orden penal.

Igualmente, en cuanto al ámbito material, deben subrayarse dos aspectos: en primer lugar, que es posible su aplicación para cualquier diligencia de investigación a excepción –en general, pues como es sabido, la ley establece un matiz al respecto– de la creación de un equipo conjunto de investigación y la «obtención de pruebas» en el señalado equipo; y, en segundo lugar, que el régimen de transmisión de los antecedentes penales no forma parte del ámbito de la orden europea de investigación, que se regirá por su normativa específica prevista en la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea.

Cabe preguntarse acerca de las autoridades españolas competentes para emitir y ejecutar una orden. La respuesta al respecto nos la ofrece el modificado artículo 187, de acuerdo con el que se consideran autoridades de emisión los órganos jurisdiccionales que conozcan del proceso penal en el que se debe adoptar la medida de investigación o que hayan admitido la prueba si el procedimiento se encuentra en fase de enjuiciamiento. Igual consideración merecen los Fiscales en los procedimientos que dirijan, siempre que, evidentemente, la medida prevista no sea limitativa de derechos fundamentales. La autoridad española competente para recibir la orden emitida por otro Estado es el Ministerio Fiscal quien, una vez registrada y tras haber acusado recibo, conocerá de su reconocimiento y ejecución cuando la orden no implique una medida limitativa de derechos fundamentales. Si, por el contrario, la orden contiene una medida de las referidas características que no puede ser reemplazada por otra no limitativa, será remitida por el Ministerio Fiscal al órgano jurisdiccional para su reconocimiento y ejecución. De igual modo deberá proceder el Ministerio Fiscal cuando en la orden se explicita que la medida de investigación debe ser ejecutada por un órgano judicial.

El reformado artículo 189 entra a desgranar unos requisitos para la emisión de la orden europea de investigación situados bajo el umbral –entre otras cuestiones– de la necesidad, la equivalencia y la proporcionalidad. En este sentido, la autoridad de emisión podrá emitir, de oficio o a instancia de parte, una orden de investigación cuando concurren las exigencias que a continuación se relacionan: por un lado, que la emisión de la orden sea necesaria y proporcionada a los fines del procedimiento para el que se pide, teniendo presentes los derechos del investigado o encausado; y, por el otro, que las medidas de investigación solicitadas cuyo reconocimiento y ejecución se pretende que se hayan adoptado en el proceso penal español en el que se emite la orden y pudieran haberse ordenado en las mismas condiciones para un supuesto interno semejante. La autoridad española competente podrá indicar en la orden que se exige un plazo más corto que el establecido con carácter general para la ejecución de la medida, o que la medida de investigación tiene que llevarse a cabo en una determinada fecha. Esta solicitud se fundamentará expresamente en los plazos procesales, la gravedad del hecho delictivo u otras circunstancias particularmente urgentes.

Para finalizar, la orden deberá documentarse en un formulario previsto en la propia ley en el que deberán figurar los datos de la autoridad de emisión; el objeto y motivos de la orden; la información necesaria acerca de las personas afectadas; las formalidades, procedimientos y garantías cuya observancia se solicita que sean respetadas por el Estado de ejecución; y, por último, la descripción de la conducta delictiva que es objeto de la investigación o proceso, de las disposiciones aplicables del Derecho penal español, de la medida o medidas de investigación que se solicitan y de las pruebas a obtener.

Cuando resulte preciso para obtener nuevas pruebas para el mismo proceso penal, la autoridad española competente podrá expedir una orden complementaria a otra previamente cursada que, además de documentarse tal y como venimos de referir, deberá expresar su conexión con la orden complementada.

Sin ánimo de agotar todas las novedades, se ha pretendido destacar algunos de los aspectos que forman parte de la columna vertebral de la nueva regulación. La apuesta del «legislador comunitario» es evidente, y aun cuando no se ha comenzado la andadura con la mayor de las diligencias, no cabe duda de que la orden europea de investigación va acabar por erigirse en una pieza fundamental para la lucha contra la cada día más frecuente delincuencia de implicaciones transfronterizas.

Cristina ALONSO SALGADO  
*Investigadora del Área de Derecho Procesal*  
*Universidad de Santiago de Compostela*  
[cristina.alonso@usc.es](mailto:cristina.alonso@usc.es)