



**ORDRE EUROPEA D'INVESTIGACIÓ EN
MATÈRIA PENAL. ANÀLISI I REFLEXIONS
CRÍTIQUES.**

Autora: Laia Forcada i Serrabasa

Tutor: Guillermo Ormazabal Sánchez

Facultat Dret, Grau en Dret, 2014 – 2015, primera convocatòria

ÍNDIX

| | | |
|----------|---|-----------|
| 1 | INTRODUCCIÓ..... | 5 |
| 2 | QÜESTIONS PRELIMINARS | 6 |
| 2.1 | TRACTAT DE FUNCIONAMENT DE LA UNIÓ EUROPEA (TRACTAT DE LISBOA)..... | 6 |
| 2.2 | CONVENIS CELEBRATS EN EL MARC DE LA UNIÓ EUROPEA | 8 |
| 2.3 | LEGISLACIÓ ESPANYOLA QUE TRANSPOSA NORMATIVA EUROPEA..... | 9 |
| 2.4 | CONVENIS CELEBRATS EN EL MARC DEL CONSELL D'EUROPA..... | 13 |
| 2.5 | NORMATIVA EUROPEA | 14 |
| 3 | DIRECTIVA 2014/41/CE DEL PARLAMENT EUROPEU I DEL CONSELL DE 3 | |
| | D'ABRIL DE 2014 RELATIVA A L'ORDRE EUROPEA D'INVESTIGACIÓ EN MATÈRIA | |
| | PENAL..... | 17 |
| 3.1 | DEFINICIÓ | 17 |
| 3.2 | ÀMBIT D'APLICACIÓ..... | 18 |
| 3.3 | TIPUS DE PROCEDIMENT | 19 |
| 3.4 | CONTINGUT I FORMA..... | 20 |
| 3.5 | CONDICIONS D'EMISSIÓ | 21 |
| 3.5.1 | CONDICIONS PER A L'EMISSIÓ I TRANSMISSIÓ D'UNA OEI..... | 21 |
| 3.5.2 | TRANSMISSIÓ DE L'OEI I UNA OEI RELACIONADA AMB UNA OEI ANTERIOR... | 23 |
| 3.6 | RECONeixEMENT I EXECUCIÓ..... | 25 |
| 3.6.1 | RECONeixEMENT I EXECUCIÓ..... | 25 |
| 3.6.2 | POSSIBILITAT DE SUBSTITUCIÓ DE MESURES D'INVESTIGACIÓ..... | 27 |
| 3.6.3 | MOTIUS DE DENEGACIÓ DEL RECONeixEMENT O DE L'EXECUCIÓ | 29 |
| 3.6.4 | LÍMITS TEMPORALS PER AL RECONeixEMENT O L'EXECUCIÓ | 36 |
| 3.6.5 | TRASLLAT DE PROVES..... | 38 |
| 3.6.6 | VIES DE RECURS | 39 |
| 3.6.7 | MOTIUS PER APLAÇAR EL RECONeixEMENT O L'EXECUCIÓ..... | 41 |
| 3.6.8 | OBLIGACIÓ D'INFORMACIÓ | 42 |
| 3.6.9 | RESPONSABILITATS PENAL I CIVIL..... | 45 |
| 3.6.10 | CONFIDENCIALITAT I PROTECCIÓ DE DADES..... | 46 |
| 3.6.11 | COSTES..... | 47 |
| 3.7 | DISPOSICIONS ESPECÍFIQUES PER A DETERMINADES MESURES D'INVESTIGACIÓ | |
| | 47 | |
| 3.7.1 | TRASLLAT TEMPORAL DE DETINGUTS | 48 |
| 3.7.2 | COMPAREIXENÇA PER VIDEOCONFERÈNCIA I PER TELÈFON | 50 |
| 3.7.3 | INFORMACIÓ BANCÀRIA..... | 54 |
| 3.7.4 | OBTENCIÓ DE PROVES EN TEMPS REAL, DE MANERA CONTÍNUA I DURANT UN | |
| | DETERMINAT PERÍODE DE TEMPS..... | 56 |
| 3.7.5 | INVESTIGACIONS ENCOBERTES..... | 57 |
| 3.8 | INTERVENCIÓ DE TELECOMUNICACIONS..... | 58 |
| 3.8.1 | INTERVENCIÓ DE TELECOMUNICACIONS AMB L'ASSISTÈNCIA D'UN ALTRE | |
| | ESTAT MEMBRE | 58 |
| 3.8.2 | NOTIFICACIÓ..... | 59 |
| 3.9 | MESURES CAUTELARS..... | 60 |
| 4 | LA TRANSPOSICIÓ DE LA DIRECTIVA 2014/41/CE PER PART DE L'ESTAT | |
| | ESPANYOL: L'EXHORT EUROPEU D'OBTENCIÓ DE PROVES DE LA LLEI 23/2014, DE | |
| | 20 DE NOVEMBRE, DE RECONeixEMENT MUTU DE RESOLUCIONS PENALS A LA UNIÓ | |
| | EUROPEA..... | 61 |
| 5 | OBSERVACIONS CRÍTIQUES | 68 |

| | | |
|----------|--|-----------|
| 5.1 | PRINCIPI DE MUTU RECONeixEMENT DE LA PROVA | 68 |
| 5.1.1 | <i>PRINCIPI DE MUTU RECONeixEMENT DE LA PROVA A LA LLEI 23/2014, DE 20 DE NOVEMBRE</i> | 72 |
| 5.2 | TRACTAMENT DELS DRETS FONAMENTALS I CONCRETAMENT EL DRET DE DEFENSA PER LA DIRECTIVA..... | 74 |
| 5.3 | MANCA DE PARAL·LELISME ENTRE LES CONDICIONS D'EMISSió I ELS MOTIUS DE DENEGACió | 79 |
| 5.4 | EMISSió D'UNA OEI EN UN PROCEDIMENT ADMINISTRATIU | 80 |
| 6 | CONCLUSIONS | 82 |
| 7 | BIBLIOGRAFIA | 86 |
| 8 | WEBGRAFIA | 87 |

1 INTRODUCCIÓ

En les següents pàgines es pretén realitzar un anàlisi profund de la Directiva 2014/41/CE del Parlament Europeu i del Consell de 3 d'abril de 2014 relativa a l'Ordre Europea d'Investigació en matèria penal.

En primer lloc es donarà una visió àmplia i sintetitzada de la normativa existent anterior a l'aprovació del text en el qual es centra el treball. L'estructura que es segueix va ser fixada per ORMAZABAL en el seu treball "La prueba penal en el espacio judicial europeo. Asistencia judicial y mutuo reconocimiento".¹

La legislació que serveix per a situar la matèria que s'abordarà gira entorn a l'assistència judicial en matèria de prova, aquesta està bàsicament regulada en el marc europeu per instruments normatius, tant internacionals (convenis), com europeus (convenis i decisions marc) i lleis espanyoles (transposicions de decisions marc de la UE).

Una vegada exposats els anteriors aspectes, es procedirà a comentar tots els preceptes que configuren la Directiva 2014/41/CE. En el seu anàlisi es posarà de manifest aquells articles d'especial interès per la rellevància d'allò que preveuen i també per les controvèrsies que poden plantejar, ja sigui de caràcter pròpiament processal respecte allò previst en els diferents marcs legals vigents a la Unió Europea com els drets bàsics de defensa dels acusats, i fins i tot entre articles de la pròpia Directiva. Cal afegir que el comentari del text legal es farà seguint l'ordre en què es disposen a la present Directiva, facilitant així la seva comprensió i comparació entre les següents pàgines i la normativa. Tot i seguir-se el curs natural de la Directiva els diferents preceptes s'han ordenat per diferents punt o apartats.

En el següent gran bloc del treball es comentarà de forma breu la normativa espanyola que transposa la Directiva 2014/41/CE, sent la Llei 23/2014 de 20 de novembre, de reconeixement mutu de resolucions penals a la Unió Europea.

A continuació es posaran de manifest aquells aspectes que se'ls ha qualificat d'especial interès, ja sigui per les controvèrsies que plantegen, com s'han esmentat anteriorment, per la seva rellevància en la pròpia Directiva 2014/41/CE, i en les conseqüències que tindran en els diferents ordenaments de la Unió Europea i ens els ciutadans europeus.

¹ Ormazabal, G., *La prueba penal en el espacio judicial europeo. Asistencia judicial y mutuo reconocimiento*, Actualidad Penal, núm.74, p. 5 – 42, 2010.

Per a la realització del treball fonamentalment s'ha utilitzat el text normatiu de la Directiva 2014/41/CE del Parlament Europeu i del Consell de 3 d'abril de 2014 relativa a l'ordre europea d'investigació en matèria penal i la Llei 23/2014 de 20 de novembre, de reconeixement mutu de resolucions penals a la Unió Europea. Tanmateix ha estat d'especial utilització "La prueba penal en el espacio judicial europeo. Asistencia judicial y mutuo reconocimiento" d'ORMAZABAL per a estructurar el marc legal previ a la regulació de la present Directiva per a poder situar el lector en el context adequat i comprendre la rellevància de la Directiva 2014/41/CE.

No obstant, per a complimentar el propi anàlisi de la Directiva s'ha disposat de molt poca literatura al respecte, i tal doctrina la majoria és en llengua anglesa i anterior a la Directiva definitiva, així doncs són comentaris sobre la última Proposta de la Directiva 2014/41/CE. Probablement aquesta mancança d'aportacions doctrinals dels teòrics és a causa de la seva curta vigència, sent la present Directiva del passat 3 d'abril. Aquest element de novetat és part de l'encant del tema del treball, s'han pogut comentar, analitzar i criticar uns articles que gairebé ningú ha pogut fer abans per la seva recent sortida a la llum i això és un repte, un repte amb tot el que comporta, amb la motivació d'innovar i fer una cosa diferent, i amb el temor de no tenir gairebé cap guia ni camí a seguir, tanmateix el suport del meu tutor i els seus consells han estat constants i imprescindibles en molts moments.

2 QÜESTIONS PRELIMINARS

2.1 TRACTAT DE FUNCIONAMENT DE LA UNIÓ EUROPEA (TRACTAT DE LISBOA)

Articles 82.1 i 2; i article 86.3, del Capítol 4 (Cooperació judicial en matèria penal) del Títol V (Espai de llibertat, seguretat i justícia), Part III.

Pel que fa al Tractat de Funcionament de la Unió Europea (Tractat de Lisboa). Com ja s'ha mencionat amb anterioritat el Tractat dedica a la prova en matèria penal els arts. 82.1 i 2; i art. 86.3, del Capítol 4 (cooperació judicial en matèria penal) del Títol V (Espai de llibertat, seguretat i justícia), Part III.

En concret:

Article 82 TFUE

1. La cooperació judicial en matèria penal a la Unió es basarà en el principi de reconeixement mutu de les sentències i resolucions judicials i inclou l'aproximació de les disposicions legals i reglamentàries dels Estats membres en els àmbits mencionats a l'apartat 2 i a l'article 83.

El Parlament Europeu i el Consell adoptaran, d'acord amb el procediment legislatiu ordinari, mesures tendents a:

- a) establir normes i procediments per a garantir el reconeixement a tota la Unió de les sentències i resolucions judicials en totes les seves formes;*
- b) prevenir i resoldre els conflictes de jurisdicció entre els Estats membres;*
- c) Donar suport a la formació de magistrats i del personal al servei de l'administració de justícia;*
- d) facilitar la cooperació entre les autoritats judicials o equivalents dels Estats membres en el marc del procediment penal de l'execució de resolucions.*

2. En la mesura en què sigui necessari per a facilitar el reconeixement mutu de les sentències i resolucions judicials i la cooperació policial i judicial en assumptes penals amb dimensió transfronterera, el Parlament Europeu i el Consell podran establir normes mínimes mitjançant directives adoptades d'acord amb el procediment legislatiu ordinari. Aquestes normes mínimes tindran en compte les diferències entre les tradicions i els sistemes jurídics dels Estats membres.

Aquestes normes es referiran a:

- a) L'admissibilitat mútua de proves entre els Estats membres;*

Article 86.3 TFUE

Els reglaments contemplats a l'apartat 1 fixaran l'Estatut de la Fisalia Europea, les condicions pel desenvolupament de les seves funcions, les normes de procediments aplicables a les seves activitats i aquelles que regeixin l'admissibilitat de les proves, així com les normes aplicables al control jurisdiccional dels actes processals realitzats en el desenvolupament de les seves funcions.

2.2 CONVENIS CELEBRATS EN EL MARC DE LA UNIÓ EUROPEA

- A. Conveni relatiu a l'assistència judicial en matèria penal entre els Estats membres de la Unió Europea, de 29 de maig de 2000, basat en l'article k.3 del Tractat de la Unió Europea (CAJP – UE).

En relació als convenis celebrats en el marc de la Unió Europea, en primer lloc en destaca el Conveni relatiu a l'Assistència Judicial en matèria penal entre els Estats membres de la Unió Europea, de 29 de maig de 2000, desenvolupat sobre la base de l'article k.3 del Tractat de la Unió Europea (CAJP – UE).

A l'article 1 del Conveni, es fixa l'objectiu de completar les disposicions i facilitar l'aplicació entre els Estats membres de la Unió Europea del Conveni Europeu d'Assistència Judicial en matèria Penal (CEAJP 1959), del seu Protocol addicional de 17 de març de 1978 i de les disposicions sobre assistència judicial en matèria penal del Conveni d'Aplicació de l'Acord de Schengen (CAAS).

- B. Protocol al conveni relatiu a l'assistència judicial en matèria penal entre els Estats membres de la Unió Europea, de 16 d'octubre de 2001, basat en l'article k.3 del Tractat de la Unió Europea.

En segon lloc, cal fer esment del Protocol al Conveni relatiu a l'assistència judicial en matèria penal entre els Estats membre de la Unió Europea, de 16 d'octubre de 2001, desenvolupat sobre la base de l'article k.3 del Tractat de la Unió Europea.

L'objectiu primordial del present Protocol és la intensificació de l'assistència judicial en relació amb informacions relatives a comptes bancaris. Consisteix en completar el CAJP – UE, en concret segons l'article 1.1, en l'aspecte de promoure l'adopció de les mesures necessàries per a determinar, en resposta d'una sol·licitud enviada per un altre Estat membre, si una persona física o jurídica objecte d'investigació penal és titular o té sota el seu control un o més comptes, de qualsevol tipus, en una entitat bancària situada en el seu territori i, en aquest cas, facilitar tots els detalls sobre els comptes identificats.

- C. Conveni relatiu a l'assistència mútua i la cooperació entre les administracions duaneres de 18 de desembre de 1997 (Nàpols II).

En tercer lloc, s'ha de fer referència al Conveni relatiu a l'Assistència Mútua i la Cooperació entre les administracions duaneres de 18 de desembre 1997 (Nàpols II).

Aquest conveni té unes finalitats molt concretes i específiques, prevenir i investigar les infraccions de les normatives duaneres nacionals, així com perseguir i reprimir les infraccions de les normatives duaneres comunitàries i nacionals. Els articles 14 i 18 són els que es refereixen expressament a la prova.

Segons l'article 14, les actes, diligències, comunicacions, certificats, informacions, còpies certificades i altres documents obtinguts, conforme amb la seva normativa nacional, pels funcionaris de l'autoritat requerida i transmesos a l'autoritat requeridora, en els casos d'assistència previstos als articles 10 a 12 (sol·licituds d'informació, de vigilància i d'investigació), podran ser utilitzats com a elements de prova per les autoritats competents de l'Estat membre en el que tingui la seva seu l'autoritat requerida, d'acord amb la seva normativa nacional.

L'article 18 preveu que les informacions relatives a la vigilància i les dades obtingudes pels funcionaris d'un Estat membre i transmeses a un altre Estat membre en els casos d'assistència espontània podran ser utilitzats per l'òrgan competent de l'Estat membre destinatari dels mateixos com elements de prova, d'acord al Dret nacional.

Per últim, també cal destacar l'article 19.7 determina que la informació obtinguda pels funcionaris durant les activitats de cooperació transfronterera previstes als articles 20 a 24² podrà ser utilitzada com element de prova, d'acord amb el Dret nacional i sota les condicions especials imposades per les autoritats competents de l'Estat en el que s'hagi obtingut la informació, pels òrgans competents dels Estats membres que rebin dita informació.

2.3 LEGISLACIÓ ESPANYOLA QUE TRANSPOSA NORMATIVA EUROPEA

A. Llei 3/2003, de 14 de març, sobre l'ordre europea de detenció i entrega (LOEDE).

En quant a la legislació espanyola que transposa normativa europea, primerament la Llei 3/2003, de 14 de març, sobre l'Ordre Europea de Detenció i Entrega (LOEDE). La norma en qüestió

² Les activitats referides als citats preceptes 20 – 24 del Conveni relatiu a l'assistència mútua i la cooperació entre es administracions duaneres de 18 de desembre de 1997: persecució amb creuament de fronteres, vigilància transfronterera, entregues vigilades, investigacions encobertes, equips comuns d'investigació especial.

transposa la DM 2002/584/JAI del Consell, de 13 de juny de 2002, bàsicament es centra a regular l'entrega de persones a efectes posar-les a disposició de la justícia d'un altre Estat, a més a més, hi ha dos preceptes que autoritzen l'entrega d'objectes entre Estats, vinculada a una ordre d'entrega de persones. Concretament són els articles 5.3 i 22 LOEDE.

Article 5. Objecte de l'ordre europea. (...)

3. Així mateix, l'autoritat judicial d'emissió espanyola podrà sol·licitar a les autoritats d'execució que, de conformitat amb el seu dret intern, entreguin els objectes que constitueixin mitjans de prova o efectes del delictes.

Article 22. Entrega d'objectes.

1. A petició de l'autoritat judicial emissora o per pròpia iniciativa, l'autoritat judicial d'execució espanyola intervindrà i entregará, de conformitat amb el dret intern, els objectes que constitueixin mitjà de prova o efectes del delictes, sense perjudici dels drets que l'Estat espanyol o tercers puguin haver adquirit sobre els mateixos. En aquest cas, una vegada conclòs el judici, es procedirà a la seva restitució.

2. Els objectes mencionats a l'apartat anterior s'hauran d'entregar encara que l'ordre de detenció europea no pugui executar-se a causa de la mort o l'evasió de la persona reclamada.

3. En el cas de que els béns estiguin subjectes a embargament o comís a Espanya, l'autoritat judicial d'execució espanyola podrà denegar l'entrega o efectuar-la amb caràcter merament temporal, si això és precís pel procés penal pendent.

B. Llei 18/2006, de 5 de juny, sobre l'eficàcia en la Unió Europea de les resolucions d'embargament i d'assegurament de proves en procediments penals (LEAP).

A continuació cal fer esment a la Llei 18/2006, de 5 de juny, sobre l'eficàcia a la Unió Europea de les resolucions d'embargament i d'assegurament de proves en procediments penals (LEAP).

L'acte legislatiu espanyol que transposa la Decisió Marc 2003/577/JAI del Consell, de 22 de juliol de 2003, relativa a l'execució a la Unió Europea les resolucions d'embargament preventiu de béns i d'assegurament de proves. L'article 2.III LEAP estableix que l'assegurament de proves es podrà adoptar em relació als objectes, documents o dades que posteriorment es puguin utilitzar com a mitjans de prova en un procediment penal.

Un matís imprescindible que cal ressaltar és l'ús del mot “embargament”, en el Dret espanyol fa referència a l'afectació de béns per a satisfer responsabilitats pecuniàries; a diferència de l'anterior, en la Decisió Marc i la llei de transposició present, es tracta d'incantar-se de coses amb l'objecte d'assegurar la prova o el decomís d'objectes (art 3.1 DM).

Les normes de la LEAP es poden aplicar a tot tipus de processos penals, però pel que fa a determinades infraccions enumerades a l'art. 10.1 LEAP, segon com siguin definides per la legislació de l'Estat d'emissió i en el supòsit de que aquest les castigui amb penes privatives de llibertat que la seva durada màxima sigui com a mínim de tres anys. A més a més, no es porta a terme el control de doble tipicitat de l'acte, és a dir, que LEAP es pot executar encara que es tracti de delictes que no estiguin tipificats com a tals a l'Estat en el qual es requereix la realització d'embargament de béns, fins i tot quan es requereixi l'execució d'ordres d'embargament o d'assegurament precedents de conductes no tipificades com a delictes a l'Estat executor, però que es trobin dins de les categories delictives fixades a l'art. 10.1³ LEAP i a la DM d'origen.

C. Llei 16/2006, de 26 de maig, per la que es regula l'estatut del membre nacional d'EUROJUST i les relacions amb aquest òrgan de la Unió Europea (LEMNE).

³ Article 10 LEAP: *Les resolucions sobre assegurament de prova o posterior decomís de béns acordada per l'Estat d'emissió per a la seua execució a Espanya no estaran subjectes al control de la doble tipificació quan es refereixin a fets enjudiciats com alguns dels delictes que s'enuncien a continuació, sempre que estiguin castigats en el dit Estat amb penes privatives de llibertat la durada màxima de les quals sigui almenys de tres anys. Estos delictes són els següents:*

Pertinença a una organització delictiva. Terrorisme. Tràfic il·lícit de sers humans. Explotació sexual de menors i pornografia infantil. Tràfic il·lícit d'estupefaents i substàncies psicotròpiques. Tràfic il·lícit d'armes, municions i explosius. Corrupció. Fraus, inclòs el que afecte els interessos financers de les comunitats Europees. Blanqueig del producte del delictes. Falsificació de moneda, inclosa la falsificació de l'euro. Delictes d'alta tecnologia, en particular, el delictes informàtic. Delictes contra el medi ambient, inclòs el tràfic il·lícit d'espècies animals protegides i d'espècies i varietats vegetals protegides. Ajuda a l'entrada i residència en situació il·legal. Homicidi voluntari, agressió amb lesions greus. Tràfic il·lícit d'òrgans i teixits humans. Segrest, detenció il·legal i presa d'ostatges. Racisme i xenofòbia. Robatoris organitzats o a mà armada. Tràfic il·lícit de béns culturals, incloses les antiguitats i les obres d'art. Estafa. Xantatge i extorsió de fons. Violació de drets de propietat intel·lectual o industrial i falsificació de mercaderies. Falsificació de documents administratius i tràfic de documents falsos. Falsificació de mitjans de pagament. Tràfic il·lícit de substàncies hormonals i altres factors de creixement. Tràfic il·lícit de materials radioactius o substàncies nuclears. Tràfic de vehicles robats. Violació, incendi voluntari. Delictes inclosos en la jurisdicció de la Cort Penal Internacional. Segrest d'aeronaus i vaixells. Sabotatge.

La tercera i última norma espanyola que transposa normativa europea rellevant que cal destacar sobre la prova penal a l'espai europeu és la Llei 16/2006, de 26 de maig, per la qual es regula l'estatut del membre nacional d'EUROJUST i les relacions amb aquest òrgan de la Unió Europea (LEMNE).

Els dos articles de destacada importància respecte el tema principal, la prova, són el 10.1 i 2 i el 16.1 i 4.

Article 10.1 i 2. Facultats de cooperació jurídica internacional.

1. El membre nacional d'Eurojust podrà rebre i transmetre les sol·licituds d'assistència judicial formulades per les autoritats judicials espanyoles o del ministeri fiscal.

2. El membre nacional d'Eurojust rebrà i transmetrà les sol·licituds d'assistència judicial formulades per les autoritats competents d'altres estats membres de la Unió Europea a través d'Eurojust. En cas d'urgència, el membre nacional d'Eurojust podrà rebre sol·licituds d'assistència judicial directament de les autoritats d'un altre estat membre de la Unió Europea, que haurà de transmetre a les autoritats competents de manera immediata.

Article 16.1 i 4. Remissió a Espanya de les actuacions iniciades a un altre Estat membre de la Unió Europea.

1. A sol·licitud del Col·legi Eurojust o del membre nacional d'Eurojust, el ministeri fiscal podrà instar els jutges centrals d'instrucció i els jutges d'instrucció que inicien un procediment judicial o amplien a altres fets el procediment ja obert a Espanya, com a conseqüència de la declaració efectuada per una autoritat competent d'un altre estat membre de la Unió Europea per la qual s'acorde la remissió a Espanya del procediment.

4. Acceptada la iniciació o ampliació del procediment, es consideraran vàlids a Espanya els actes d'instrucció realitzats per l'estat que remet el procediment, sempre que no contradiguin els principis fonamentals de l'ordenament jurídic espanyol. En cas de delictes que no fóra perseguible a Espanya més que a instància de part, es considerarà vàlida la instrucció començada a l'Estat de remissió sense aquest requisit si la persona que té dret a formular l'acció penal expressament accepta la investigació realitzada, al mateix temps que interposa la corresponent querrela.

2.4 CONVENIS CELEBRATS EN EL MARC DEL CONSELL D'EUROPA

- A. Conveni europeu d'assistència judicial en matèria penal, de 20 d'abril de 1959 (CEAP).

A continuació, per seguir la classificació fixada, hi ha els convenis celebrats en el marc del Consell d'Europa, se'n deriven tres convenis.

El Conveni Europeu d'Assistència Judicial en matèria penal, de 20 d'abril de 1959 (CEAP 1959). En el seu primer article es determina que *Les Parts Contractants es comprometen a prestar-se mútuament, de conformitat amb les disposicions del present Conveni, l'assistència judicial més àmplia possible en els procediments relatius a infraccions la repressió de les quals, en el moment de demanar l'assistència, sigui de la competència de les autoritats judicials de la part requirent.*

- B. Conveni d'aplicació de l'acord de Schengen, de 19 de juny de 1990 (CAAS).

També cal citar el Conveni d'Aplicació de l'Acord de Schengen, de 19 de juny de 1990 (CAAS). El Capítol 2 del Títol III (Policia i Seguretat) es tracta l'assistència judicial en matèria penal; exactament, l'art. 48 CAAS estableix que *l'objectiu de les disposicions del present capítol és completar el Conveni europeu d'assistència judicial en matèria penal de 20 d'abril de 1959.*

- C. Conveni relatiu al blanqueig, seguiment, embargament i decomís dels productes del delictes, Estrasburg 8 de novembre de 1990 (CBSSED).

L'últim text objecte d'anàlisi, sorgit en el marc del Consell d'Europa és el Conveni relatiu al blanqueig, seguiment, embargament i decomís dels productes del delictes, del 8 de novembre de 1990 acordat Estrasburg (CBSSED). L'art.8 de la citada normativa afirma que els *Estats contractants s'han de prestar mútuament auxili amb el major abast possible per a la identificació i localització d'instruments, productes i altres béns susceptibles de confiscació, i que dit auxili inclourà qualsevol mesura dirigida a proporcionar i obtenir proves sobre l'existència, localització o moviment, naturalesa, situació jurídica o valor dels béns anteriorment mencionats.*

2.5 NORMATIVA EUROPEA

Decisió Marc 2008/978/JAI del Consell, de 18 de desembre, relativa a l'exhort europeu d'obtenció de proves per a recollir objectes, documents i dades destinats a procediments en matèria penal (DMEOP).

Finalment, s'al·ludeix a la normativa europea, en la qual destaca la Decisió Marc 2008/978/JAI del Consell, de 18 de desembre, relativa a l'exhort europeu d'obtenció de proves per a demanar objectes, documents i dades destinats a procediments en matèria penal (DMEOP).

Els articles rellevants de la mencionada Decisió Marc respecte de la prova penal són el 4 i el 21.

Pel que fa a l'article 4.1, l'exhort es podrà emetre per a sol·licitar a l'Estat d'execució objectes, documents o dades que es necessitin a l'Estat emissor en el marc d'un procés penal (o determinats procediments sancionadors no jurisdiccionals previstos a l'art 5 DMEOP⁴). En el segon apartat del mateix article 4 exclou de l'àmbit objectiu de la DMOEP portar a terme certes activitats destinades a obtenir objectes, documents o dades amb l'excepció de que els mateixos actuïn en poder de l'autoritat d'execució amb anterioritat de l'emissió de l'exhort. Les actuacions que no es podran exigir a una autoritat d'execució amb l'excepció ja mencionada són:

- a) realització d'entrevistes, presa de decisions o incoació d'altres tipus d'interrogatoris amb sospitosos, testimonis, experts o qualsevol altra persona;
- b) realització de registres corporals o obtenció de materials orgànics o dades biomètriques directament del cos de qualsevol persona;

⁴ Article 5 Decisió Marc 2008/978/JAI del Consell, de 18 de desembre, relativa a l'exhort europeu d'obtenció de proves per a recollir objectes, documents i dades destinats a procediments penals (DMEOP): *L'exhort pot emetre's: a) en els processos penals establats per una autoritat judicial o que es van establats davant d'una autoritat judicial per fets constitutius de delictes d'acord amb la legislació nacional de l'Estat d'emissió; b) en els procediments incoats per autoritats administratives per fets tipificats a la legislació nacional de l'Estat d'emissió per ser infraccions de disposicions legals, i quan la decisió pugui donar lloc a un procediment davant una autoritat jurisdiccional competent, en particular, en matèria penal; c) en els procediments incoats per autoritats judicials respecte a fets tipificats a la legislació nacional de l'Estat d'emissió per ser infraccions de disposicions legals, i quan la decisió pugui donar lloc a ulteriors procediments davant una autoritat jurisdiccional competent, en particular, en matèria penal, i d) en relació amb els procediments mencionats a les lletres a), b) i c) que es refereixen a delictes o infraccions pels quals una persona jurídica pugui ser considerada responsable o ser castigada a l'Estat d'emissió.*

- c) obtenció d'informació en temps real mitjançant intervenció de comunicacions, vigilància discreta o control de comptes bancaris;
- d) anàlisi d'objectes, documents o dades existents;
- e) obtenció de dades de comunicacions retinudes per proveïdors d'un servei de comunicacions electròniques accessible al públic o d'una ret de comunicacions pública.

A l'article 4.5 es menciona que si així ho indiqués l'autoritat d'emissió, l'exhort també podrà comprendre qualsevol altre objecte, document o dada que l'autoritat d'execució descobreixi a l'executar l'exhort i que, sense concorre-hi altres investigacions complementàries, consideri pertinent per als procediments als efectes del qual hagi estat emès. I en el seu apartat sisè estableix que, a petició de l'autoritat d'emissió, l'exhort, podrà comprendre també la presa de declaracions a les persones presents a l'execució de l'exhort i directament vinculades amb l'assumpte al qual es refereix, les normes necessàries de l'Estat d'execució aplicables als casos nacionals seran tanmateix aplicables a dites preses de declaracions.

En quant a l'article 21 DMEOP preveu que la Decisió Marc present coexistirà, en les relacions entre els Estats membres, amb els instruments jurídics vigents relatius a sol·licituds d'assistència judicial per a l'obtenció de proves compreses en l'àmbit d'aplicació de la citada Decisió Marc, sense pertorbar l'aplicació dels instruments en les relacions entre Estats membres i tercers països. Aquesta coexistència no implica l'alternança, sinó que les autoritats d'emissió recorreran a l'Exhort d'Obtenció de proves (EOP) quan tots els objectes, documents o dades que necessitin sol·licitar a l'Estat d'execució estiguin inclosos en l'àmbit d'aplicació de la DMEOP (art 21.2 DMEOP).

Dins del mateix apartat de la normativa europea també s'hi inclou el Llibre Verd de la Comissió Europea sobre l'obtenció de proves en matèria penal en un altre Estat membre i sobre la garantia de la seva admissibilitat.

El Llibre verd va ser aprovat per la Comissió Europea l'any 2009 i es centra en l'obtenció de proves en matèria pena en un altre Estat membre i sobre la garantia de la seva admissibilitat (d'aquí a endavant LVOP)⁵. El LVOP posa de relleu la possibilitat de crear un text legislatiu únic en matèria d'obtenció de prova en procediments penals d'àmbit europeu i per tant,

⁵ Brussel·les, 11 de novembre de 2009, COM (2009), 624 final citat per ORMAZABAL, G., *La prueba penal en el espacio judicial europeo. Asistencia judicial y mutuo reconocimiento*, Actualidad Penal, núm.74, 2010, pp. 5 – 42, p. 26.

transnacionals, que substituís a la normativa anterior mencionada a l'apartat anterior⁶, que hauria de basar-se en el principi de mutu reconeixement.

El principal objectiu del LVOP seria una cooperació flexible i ràpida entre els Estats membres i, per exemple, establiria terminis d'execució, limitaria les causes de denegació, es podria incloure normativa sobre la prova electrònica i un sistema de compareixença basat en la videoconferència. En conclusió, el text obre la possibilitat de que la Unió Europea adopti normes comunes sobre l'admissibilitat de proves més enllà de les pròpies fronteres nacionals dels Estats membres.

Una vegada citada la normativa adoptada prèviament a la Ordre Europea d'Investigació (d'aquí a endavant OEI)⁷ en el seu article 34 preveu que a partir del 22 de maig de 2017, aquesta substituirà la legislació següents:

- Conveni Europeu d'Assistència Judicial en Matèria Penal del Consell d'Europa, de 20 d'abril de 1959, també els seus dos protocols addicionals i els acords bilaterals d'acord amb el seu article 26;
- Conveni d'aplicació de l'acord de Schengen, de 19 de juny de 1990;
- Conveni relatiu a l'assistència en matèria penal entre els Estats membres de la Unió Europea, de 29 de maig de 2000, i el seu protocol, de 16 d'octubre de 2001;
- Decisió Marc 2008/978/JAI, queda substituïda per la present Directiva en quant a l'assegurament de proves per a tots els Estats membre vinculats per a la present Directiva.
- Decisió Marc 2003/577/JAI, queden substituïdes per la present Directiva per a tots els Estats membre vinculats per a la present Directiva en relació amb l'assegurament de proves.

Pels Estats membres vinculats per la present Directiva, les referències de la Decisió marc 2008/987/JAI i, en allò que respecte a la immobilització d'actius, a la Decisió marc 2003/577/JAI, s'entendran fetes a la present Directiva.

No obstant, el mateix article 34 en el seu apartat tercer estableix que els Estats membres podran celebrar o seguir aplicant acords bilaterals o multilaterals amb altres Estats membres amb

⁶ Decisió Marc 2008/978/JAI del Consell, de 18 de desembre, relativa a l'exhort europeu d'obtenció de proves per a demanar objectes, documents i dades destinades a procediments en matèria penal (DMEOP). (DOUE L, núm 350, 30-12-2008, p. 72 – 92).

⁷ Directiva 2014/41/CE del Parlament Europeu i del Consell de 3 d'abril de 2014 relativa a l'Ordre Europea d'Investigació en matèria penal (OEI), fent referència a la mesura d'investigació, l'Ordre Europea d'Investigació.

posterioritat al 22 de maig de 2017, sempre i quan això no impedeixi el correcte compliment dels objectius de la present Directiva i sempre que això contribueixi en la simplificació i facilitació dels procediments per a l'obtenció de proves, i respectant el nivell de les garanties establertes en aquesta Directiva.

A més a més, els Estats més notificaran a la Comissió, com a data límit el 22 de maig de 2017, els acords i modificacions vigents mencionats en l'apartat 3⁸ que desitgin seguir aplicant. En el mateix sentit, els Estats membres notificaran a la Comissió, en el termini de tres mesos des de la seva firma, qualsevol nou acord o conveni contemplat a l'apartat 3.

Les disposicions transitòries estan previstes a al següent precepte, article 35, el qual fixa que les sol·licituds d'assistència judicial rebudes abans del 22 de maig de 2017 es seguiran regint pels instruments existents sobre assistència judicial en matèria penal. Així mateix, les resolucions d'assegurament de proves adoptades en virtut de la Decisió Marc 2003/577/JAI i rebudes abans del 22 de maig de 2017 també es regiran per aquesta última Decisió Marc.

En quant a l'article 8, apartat I, serà aplicable mutati mutandis a la OEI com a conseqüència d'una resolució d'embargament preventiu de béns o assegurament de proves adoptada en virtut de la Decisió Marc 2003/577/JAI.

3 DIRECTIVA 2014/41/CE DEL PARLAMENT EUROPEU I DEL CONSELL DE 3 D'ABRIL DE 2014 RELATIVA A L'ORDRE EUROPEA D'INVESTIGACIÓ EN MATÈRIA PENAL

3.1 DEFINICIÓ

Prèviament al propi anàlisi de la Directiva 2014/41/CE del Parlament Europeu i del Consell de 3 d'abril de 2014 és precís citar les definicions que fixa la OEI per tal de comprendre amb la màxima exactitud el contingut d'aquesta.

Per Estat d'emissió s'entén que és l'Estat membre en el qual s'emet l'OEI.

L'Estat d'execució és l'Estat membre d'execució de la OEI, en el qual la mesura d'investigació es portarà a terme.

Una autoritat d'emissió podran ser: un jutge, òrgan jurisdiccional, jutge d'instrucció o fiscal competent en l'assumpte del qual es tracti; o qualsevol altra autoritat competent segons al defineixi l'Estat d'emissió que, en l'assumpte específic del qual es tracti, actuï en qualitat d'autoritat d'investigació en processos penals i tingui competència per a ordenar l'obtenció de proves d'acord al Dret nacional. A més a més, amb anterioritat a la seva transmissió a l'autoritat d'execució, la OEI haurà de ser validada, previ control de la seva conformitat amb els requisits per a l'emissió d'una OEI segona la present Directiva, condicions establertes a l'article 6.1, per un jutge, un òrgan jurisdiccional, un fiscal o un magistrat instructor de l'Estat d'emissió. Quan l'OEI hagi estat validada per una autoritat judicial, la mencionada autoritat també es podrà considerar autoritat d'emissió a efectes de la transmissió de la OEI.

L'autoritat d'execució és una autoritat que tingui competència per a reconèixer una OEI i assegurar la seva execució conforme a la present Directiva i els procediments aplicables en un cas intern similar. Dits procediments poden requerir una autorització judicial de l'Estat d'execució quan així ho prevegin les seves lleis internes.

L'Ordre Europea d'Investigació en el seu primer article realitza una definició en la qual estableix que l'OEI serà una resolució de caràcter judicial emesa o validada per una autoritat judicial d'un Estat membre (Estat emissor) per portar a terme una o diferents mesures d'investigació en un altre Estat membre (Estat executor) amb l'objectiu d'obtenir proves d'acord amb la present Directiva.

Cal destacar que en el paràgraf segon d'aquest mateix article es puntualitza que també es podrà emetre una Ordre Europea d'Investigació per a l'obtenció de proves que ja es trobin en poder de les autoritats competents de l'Estat d'execució.

Les execucions de les OEI es regiran pel principi de reconeixement mutu i de conformitat amb la present Directiva, article 1.2 Directiva 2014/41/CE.

3.2 ÀMBIT D'APLICACIÓ

L'article 3 de la Directiva 2014/41/CE preveu l'àmbit d'aplicació de la mateixa, el qual comprèn totes les mesures d'investigació, llevat de la creació d'un equip conjunt d'investigació i l'obtenció de proves per aquest mateix, com es fixa a l'article 13 del Conveni relatiu a

l'assistència judicial en matèria penal entre els Estats membre de la Unió Europea⁹ i a la Decisió Marc 2002/465/JAI del Consell¹⁰.

D'aquesta afirmació es desprèn l'ample àmbit d'aplicació que se li cedeix a la present Directiva i s'evidencia a l'article 34 de la mateixa on es cita la normativa anterior a la configuració aquesta que substituirà¹¹. Conseqüentment la Directiva tindrà una aplicació residual, ja que serà competent per a tots els casos menys el expressament exclosos.

3.3 TIPUS DE PROCEDIMENT

Un altre aspecte a ressaltar de la Directiva 2014/41/CE són els tipus de procediments en els quals es pot emetre una Ordre Europea d'Investigació. L'article 4 de la present Directiva és l'encarregat en fixar-los i ho estableix amb tres apartats. En el primer (lletra a), determina que serà amb procediments penals incoats per una autoritat judicial, o que es puguin iniciar davant d'una autoritat judicial, per fets constitutius de delictes d'acord amb el Dret intern de l'Estat d'emissió.

En el segon apartat (lletra b), seran procediments incoats per autoritats administratives per fets tipificats en el Dret intern de l'Estat d'emissió per ser infraccions de disposicions legals, i quan la decisió pugui donar lloc a un procediment davant d'una autoritat jurisdiccional competent en matèria penal. L'element rellevant d'aquest tipus de procediments és que es podrà emetre una OEI tot i no portar-se a terme una investigació de caràcter penal, sinó que aquesta podria derivar o convertir-se en penal. És un punt essencial perquè amplia de forma notable el seu àmbit d'aplicació que s'obre a altres branques del Dret, i conseqüentment l'OEI no només afecta a drets dels ciutadans directament vinculats amb el Dret penal sinó també amb altres actuacions aparentment desvirtuades d'aquest. En el cas del Dret espanyol, es podria relacionar amb delictes de tipus fiscal, propietat intel·lectual, mediambiental entre d'altres... Que s'iniciïn mitjançant procediments administratius i poden acabar derivant en processos penal. Aquest canvi de via jurisdiccional produeix una gran incidència en els drets del ciutadà que passa d'estar en un procés administratiu a estar imputat o acusat, i majors són els canvis i les conseqüències quan això succeeix en un procés de caràcter internacional transfronterer.

⁹ Conveni celebrat pel Consell conforme a l'article 34 del TUE relatiu a l'assistència judicial en matèria penal entre els Estats membres de la Unió Europea (DO C 197 12-7-2000, p. 3).

¹⁰ Decisió marc 2002/465/JAI del Consell, de 13 de juny de 2002, sobre equips conjunts d'investigació (DO L 162 de 20-6-2002, p. 1).

¹¹ Analitzat a la p. 9.

El tercer apartat (lletra c), es preveu que en els procediments incoats per autoritats judicial per fets tipificats en el Dret intern de l'Estat d'emissió per ser infraccions de disposicions legals, i quan la decisió pugui donar lloc a un procediment davant un òrgan jurisdiccional competent, en particular, en matèria penal.

Finalment en aquest mateix article, s'hi adhereix un altre apartat fent referència a la responsabilitat penal de les persones jurídiques. Aquestes podran ser subjectes passius d'una OEI, sempre que es puguin encabir amb els procediments mencionats anteriorment i quan les actuacions susceptibles d'investigació es refereixin a delictes o infraccions previstos per l'Estat d'emissió.

3.4 CONTINGUT I FORMA

El següent article objecte d'anàlisi, article 5 Directiva 2014/41/CE és molt més formal que la resta de l'articulat i s'hi estableix de manera clara i esquemàtica tota la informació que haurà de figurar a l'OEI perquè sigui vàlidament emesa.

L'OEI s'emetrà mitjançant un formulari i aquest es troba a l'Annex A de la pròpia Directiva la qual haurà de ser complimentada i firmada. El contingut de l'OEI serà el següent:

- les dades de l'autoritat d'emissió i, quan convingui, de l'autoritat validadora;
- l'objecte i els motius en els quals es fonamenta la OEI;
- la informació necessària sobre la persona o persones afectades;
- la descripció de la conducta constitutiva de delictes que és objecte de la investigació o procés i la normativa aplicable del Dret penal de l'Estat d'emissió;
- la descripció de la mesura o mesures d'investigació que es sol·liciten i de les que es volen obtenir.

Totes les dades i informacions que contingui el formulari esmentat hauran de ser certificades com a exactes i correctes per la pròpia autoritat d'emissió. A més a més, el propi precepte afegeix que cada Estat membre indicarà quina o quines de les llengües oficials de les institucions de la Unió Europea, a part de la llengua o llengües oficials de l'Estat membre del qual es tracti, es podran emprar per a complimentar o traduir l'OEI quan l'Estat membre del qual es tracti sigui l'Estat d'execució. Finalment haurà de ser traduïda l'OEI a una llengua

oficial de l'Estat d'execució o a qualsevol altra llengua indicada per aquest d'acord l'article 5.2¹².

3.5 CONDICIONS D'EMISSIÓ

3.5.1 CONDICIONS PER A L'EMISSIÓ I TRANSMISSIÓ D'UNA OEI

En la present Directiva s'estableix a l'article 6 mitjançant tres punts les condicions d'emissió i transmissió d'una OEI. En el primer apartat es fixa que només es podrà emetre una OEI quan aquesta sigui necessària i proporcional amb les finalitats dels procediments al qual es refereix l'article 4¹³ tenint en compte els drets del sospitós o acusat; o bé, quan la mesura d'investigació sol·licitada mitjançant l'OEI es pogués dictar en les mateixes condicions per a un cas intern similar. Per tant, com a condicions vertebradores per a la validesa de l'emissió han de concorre la necessarietat i la proporcionalitat, ambdues són mesures pròpies i concurrents dins la normativa d'àmbit europeu. A l'exposició de motius de la present Directiva en el seu punt 11¹⁴ també hi fa referència.

No obstant, s'ha de tenir en compte que són dos conceptes jurídicament indeterminats, és a dir, el seu contingut, abast i límits s'han de determinar en cada cas concret, ja que n'és impossible fer-ne una definició tancada que sigui vàlida per a tots els supòsits.

¹² Article 5.2 Directiva 2014/41/CE: *Cada Estat membre indicarà quina o quines llengües oficials de les institucions de la Unió Europea, a més a més de la llengua o llengües oficials de l'Estat membre del qual es tracti, es podrà utilitzar per a complimentar o traduir l'OEI quan l'Estat membre del qual es tracti sigui l'Estat d'execució.*

¹³ Article 4 Directiva 2014/41/CE: *L'OEI es podrà emetre: a) en relació amb els procediments penals incoats per una autoritat judicial, per fets constitutius de delictes d'acord amb el Dret intern de l'Estat d'emissió; b) en els procediments incoats per autoritats administratives per fets tipificats en el Dret intern de l'Estat d'emissió per ser infraccions de disposicions legals, i quan la decisió pugui donar lloc a un procediment davant una autoritat jurisdiccional competent, en particular, en matèria penal; c) en els procediments incoats per autoritats judicials per fets tipificats en el Dret intern de l'Estat d'emissió per ser infraccions de disposicions legals, i quan la decisió pugui donar lloc a un procediment davant d'un òrgan jurisdiccional competent, en particular, en matèria penal, y; d) en relació amb els procediments mencionats a les lletres a), b) i c) que es refereixin a delictes o infraccions pels quals una persona pugui ser considerada responsable a l'Estat d'emissió.*

¹⁴ Punt 11 exposició de motius Directiva 2014/41/CE: *s'ha d'optar per l'OEI quan l'execució d'una mesura d'investigació es consideri proporcionada, adequada i aplicable al cas concret. L'autoritat d'emissió s'ha d'assegurar, per consegüent, de que la prova buscada sigui necessària i proporcional pel procediment, del qual la mesura d'investigació escollida sigui necessària i proporcional per a obtenir la prova en qüestió, i de si procedeix implicar a un altre Estat membre en l'obtenció de dita prova per mitjà de l'emissió d'una OEI. La mateixa avaluació s'ha de portar a terme en el procediment de validació, quan es requereixi la validació d'una OEI d'acord amb la present Directiva. No es podrà negar l'execució d'una OEI per motius diferents dels previstos a la present Directiva. No obstant, l'autoritat d'execució ha de poder optar per una mesura d'investigació menys invasora de la intimitat que la indicada a l'OEI, a condició de que permeti obtenir resultats similars.*

A l'apartat b) del punt primer de l'article 6 de la present Directiva també es contempla la possibilitat d'acceptació d'una sol·licitud d'OIE quan la mesura que es requereixi hi hagués pogut haver un antecedent en el dret intern, és a dir que la mesura s'hagués dictat en les mateixes condicions per a un cas similar a l'Estat executor.

L'article 6.2 de la present Directiva cita que les condicions fixades en el primer punt s'hauran d'avaluar per l'autoritat d'emissió en cada cas concret. És a dir, qui sol·licita la mesura concreta que contindrà l'OIE serà el mateix que analitzarà el compliment de les condicions o requisits exigits per la pròpia Directiva.

L'apartat 3 del mateix article fa referència a les accions que pot portar a terme l'Estat d'execució respecte les condicions per a l'emissió de la prova. Les mesures o les actuacions que pot portar a terme quan l'Estat mencionat tingués motius per a creure que no es compleixen les condicions exigides per la present Directiva, és consultar a l'autoritat d'emissió sobre la importància de l'execució de l'OIE. Un cop realitza la consulta, l'autoritat d'emissió podrà decidir la retirada de la OIE. És rellevant el fet que l'autoritat d'execució només pugui posar de manifest el possible incompliment de les condicions i que sempre en última instància decideixi l'autoritat d'emissió. Per tant, l'autoritat d'execució es veuria obligada a aplicar una mesura que considera incompatible o contrària a la present Directiva si no ho estimés així l'Estat d'emissió. Conseqüentment, es deixa a l'àrbitri o a la consideració d'una de les parts la final execució i revisió de la necessitat i la proporcionalitat de l'emissió i posterior execució de l'OIE.

A la Directiva 2014/41/CE hi apareixen diferents preceptes que fan referència a la valoració de la proporcionalitat. L'esmentat article 6.1.a) determina que les autoritats hauran d'adoptar una OIE només quan sigui necessari i proporcional pel procés penal en fase d'investigació, l'article 6.1.b) manifesta que les mesures d'investigació mencionades a l'OIE s'hauran d'ordenar sota les mateixes condicions que un cas intern similar s'ha d'interpretar en relació amb l'ordenament jurídic de l'Estat l'emissió.

Tots els articles mencionats fan referència a l'Estat d'emissió i a la seva legislació; cap dels preceptes citats soluciona el principal problema de la desconfiança, bàsicament causa la discrepància entre les diferents legislacions nacionals. L'article 9.2 de la present Directiva reproduceix el mecanisme implantat al Conveni d'assistència judicial en matèria penal de 29 de maig del 2000 introduït en el seu article 4¹⁵. L'Estat d'execució haurà de complir amb aquestes

¹⁵ Article 4 Conveni d'assistència judicial en matèria penal de 29 de maig del 2000: *1. en els casos en els que es concedeixi l'assistència judicial, l'Estat membre requerit observarà els tràmits i procediments indicats expressament per l'Estat membre requerent, ments disposició contrària del present Conveni i sempre que dits tràmits i procediments no siguin contraris als principis fonamentals del Dret de l'Estat*

formalitats menys que sigui contrària als principis directors fonamentals del dret dels Estats d'execució. Les autoritats judicials de l'Estat d'execució analitzaran la sol·licitud i hauran d'apreciar el risc d'incompliment dels drets fonamentals nacionals en l'aplicació de diferents normes que regeixen l'obtenció de proves. L'article 10 de la present Directiva també confereix la responsabilitat de controlar la proporcionalitat de la mesura d'investigació requerida a l'Estat d'execució.

3.5.2 TRANSMISSIÓ DE L'OEI I UNA OEI RELACIONADA AMB UNA OEI ANTERIOR

En el mateix capítol II en el qual s'hi fixen les condicions per a l'emissió i la transmissió d'una OEI, als articles 7 i 8 s'hi estableixen la transmissió de la OEI i una OEI relacionada amb una OEI anterior respectivament. Amb aquests dos articles més s'acaba de configurar el capítol II de la Directiva present.

Pel que fa a la transmissió de l'OEI es consolida a l'article 7, on es contempla que aquesta s'haurà de transmetre per l'autoritat d'emissió cap a l'autoritat d'execució, i com a condició es determina que l'OEI s'haurà d'enviar de tal forma que pugui deixar constància escrita perquè pugui ser determinada la seva autenticitat per part de l'Estat d'execució.

També es preveu com a forma de transmissió de l'OEI entre l'autoritat d'emissió i l'autoritat d'execució utilitzant el sistema de telecomunicacions de la Red Judicial Europea (RJE), com cita la Decisió 98/428/JAI del Consell, article 7.4 Directiva 2014/41/CE.

membre requerit. 2. L'Estat membre requerit executarà la sol·licitud d'assistència el més breu tenint en compte en la mesura del possible els terminis procedimentals i d'altra índole que hagués indicat l'Estat membre requerent. L'Estat membre requerent explicarà les raons de dits terminis. 3. Si la sol·licitud no es pot executar, o no es pot executar en la seva totalitat segons els requisits de l'Estat membre requerent, les autoritats de l'Estat membre requerit informaran d'això sense demora a les autoritats de l'Estat membre requerent, indicant les condicions en què es podria executar la sol·licitud. Les autoritats dels Estats membres requerent i requerit podran acordar posteriorment el curs que es donarà a la sol·licitud, condicionant-lo, en el seu cas, al compliment de les condicions citades. 4. Si es preveu que no es podrà complir amb el termini establert per l'Estat membre requerent per a l'execució de la sol·licitud, i quan les raons a les que es refereix la segona frase de l'apartat 2 indiquen concretament que qualsevol retard suposarà un perjudici greu pels procediments seguits a l'Estat membre requerent, les autoritats de l'Estat membre requerit indicaran sense demora el temps que estimen necessari per a l'execució de la sol·licitud. Les autoritats de l'Estat membre requerent indicaran sense demora si la sol·licitud es manté de totes maneres. Les autoritats dels Estats membres requerent i requerit podran acordar posteriorment el curs que es donarà a la sol·licitud.

A més a més, qualsevol comunicació oficial adicional a la transmissió de l'OEI s'efectuarà entre l'autoritat d'emissió i l'autoritat d'execució de forma directe. Per tant, en l'activitat de transmissió de l'OEI hi ha una relació directe entre òrgans o institucions dels Estats membres implicats, comportant una agilització i una major comunicació i col·laboració entre ells. Un altre aspecte que intensifica aquest treball cooperatiu entre ambdós Estats quan concorri alguna dificultat en relació amb la transmissió o autenticitat d'algun dels documents necessaris per realitzar l'execució de l'OEI s'haurà de resoldre amb una consulta directe entre l'autoritat d'emissió i l'autoritat d'execució o, fins i tot quan es doni el cas, amb la participació de les autoritats centrals dels Estats membres.

La present Directiva confereix als Estats la potestat de designar a una autoritat central o a més d'una per assistir a les autoritats competents, si així ho estableix el seu ordenament jurídic intern. Tanmateix, els Estats membres podran atorgar a les autoritats centrals la funció de transmissió i recepció administratives de l'OEI i de la correspondència oficial relativa a aquest, sempre i quan sigui exigència del sistema judicial intern.

En el supòsit que l'autoritat d'emissió no conegui la identitat de l'autoritat d'execució, la primera autoritat té l'obligació de portar a terme les actuacions de cerca necessàries, incloent els punts de contacte de la RJE, per a obtenir la informació de l'Estat d'execució.

En el cas que l'autoritat de l'Estat d'execució rebi una OEI i aquest òrgan no disposi de la competència per a reconèixer i adoptar les mesures necessàries per a la seva execució, la present Directiva exigeix a l'autoritat d'execució que haurà de transmetre d'ofici l'OEI a l'autoritat d'execució que en sigui competent per portar a terme les mesures pertinents i també notificar-ho a l'autoritat d'emissió.

El darrer article objecte d'anàlisi per a completar el Capítol II és el vuitè que fa referència a una OEI relacionada amb una OEI anterior. El mencionat precepte preveu que en el cas d'haver-se transmès per part d'una autoritat d'emissió una OEI que en complementi una d'emesa amb anterioritat, s'haurà d'indincar a l'OEI completiva. La pròpia Directiva assenyala de forma detallada els passos exactes que ha de seguir l'autoritat emissora de l'OEI, concretament per a omplir el formulari de l'Annex A, secció D, de la present Directiva. Així doncs, la Directiva 2014/41/CE pauta gairebé per complert totes les actuacions que ha de portar a terme l'Estat emissor per a facilitar i homogeneïtzar les accions que es portaran a terme a tot l'espai europeu, creant una mateixa modalitat de circulació de la prova dins la Unió Europea.

La present Directiva contempla la possibilitat que l'autoritat d'emissió ajudi a efectuar l'execució a l'autoritat executora a l'Estat de l'última, i en aquest supòsit l'autoritat d'emissió

podrà transmetre una OEI directament a l'autoritat d'execució. Sempre s'hauran de tenir en compte i respectar els preceptes 9.4¹⁶ i 33.1¹⁷ de la present Directiva.

Per últim l'apartat tercer de l'article 8 instaura que quan una OEI completi una OEI anterior haurà de ser certificada conforme l'article 5 de la present Directiva, apartat 1, paràgraf primer¹⁸, en aquest s'hi fixen el contingut i la forma que ha de tenir una OEI per a què sigui vàlidament emesa, és a dir, s'hi preveuen els requisits de contingut i formals. I quan procedeixi, s'haurà de validar conforme l'article 2, lletra c)¹⁹, analitzant i tenint en compte la forma i el subjecte que actua com a autoritat d'emissió.

3.6 RECONeixEMENT I EXECUCIÓ

3.6.1 RECONeixEMENT I EXECUCIÓ

El precepte 9 de la present Directiva és l'encarregat d'especificar les condicions exactes que s'aplicaran per a realitzar el reconeixement i la posterior execució de l'OEI. En aquest s'estableix que la mesura d'investigació haurà de ser executada de la mateixa manera i sota les mateixes circumstàncies que si hagués estat sol·licitada per una autoritat de l'Estat executor,

¹⁶ Article 9.4 Directiva 2014/41/CE: *L'autoritat d'emissió podrà demanar que una o varies autoritats de l'Estat d'emissió assisteixin a l'execució de l'OEI per a donar suport a les autoritats competents de l'Estat d'execució en la mesura en què les autoritats de l'Estat d'emissió designades estiguin facultades per a participar a l'execució de les mesures d'investigació requerides a l'OEI en un cas intern similar. L'autoritat d'execució accedirà a dita petició, sempre que aquesta assistència no sigui contrària als principis jurídics fonamentals de l'Estat d'execució ni perjudiqui als seus interessos de seguretat nacional.*

¹⁷ Article 33.1 Directiva 2014/41/CE: *Com a data límit el 22 de maig de 2017, els Estats membre notificaran a la Comissió la informació següent: a) l'autoritat o autoritats que, de conformitat amb el seu dret intern, són competents conforme a l'article 2, lletres c) i d), quan l'Estat membre del qual es tracti sigui l'Estat d'emissió o l'Estat d'execució; b) les llengües admeses per a l'OEI, a les que fa referència l'article 5, apartat 2; c) la informació relativa a l'autoritat o autoritats centrals designades si l'Estat membre desitja recorre a la possibilitat establerta a l'article 7, apartat 3. Aquesta informació serà obligatòria per a les autoritats de l'Estat d'emissió.*

¹⁸ Article 5.1 primer paràgraf Directiva 2014/41/CE: *L'OEI emesa utilitzant el formulari establert a l'annex A haurà d'anar complimentada i firmada, i les informacions que contenen hauran de ser certificades com exactes i correctes per l'autoritat d'emissió.*

¹⁹ Article 2.1.c) Directiva 41/2014/CE: *“autoritat d'emissió”: i) un jutge, òrgan jurisdiccional, jutge d'instrucció o fiscal competent en l'assumpte del qual es tracti, o; ii) qualsevol altra autoritat competent segons defineixi l'Estat d'emissió que, en l'assumpte específic del qual es tracti, actui en qualitat d'autoritat d'investigació en processos penals i tingui competència per a ordenar l'obtenció de proves d'acord al Dret nacional. A més a més, abans de la seva transmissió a l'autoritat d'execució, l'OEI haurà de ser validada, previ control de la seva conformitat amb els requisits per a l'emissió d'una OEI en virtut de la present Directiva, en particular les condicions establertes a l'article 6, apartat 1, per un jutge, un òrgan jurisdiccional un fiscal o un magistrat instructor de l'Estat d'emissió. Quan l'OEI hagi estat validada per una autoritat judicial, dita autoritat també podrà considerar-se autoritat d'emissió a efectes de la transmissió de l'OEI.*

això serà d'aplicació sempre, excepte que l'autoritat d'execució cregui oportú aplicar els motius de denegació del reconeixement o de l'execució de l'OEI, o algun dels motius d'aplaçament que es preveuen a la present Directiva. Complementàriament, l'autoritat d'execució no podrà exigir a l'Estat emissor cap altre requisit formal dels expressats a la Directiva, per tant, sempre que hi concorrin totes les formalitats previstes a la Directiva 2014/41/CE haurà de ser reconeguda per part de l'Estat executor, sense oblidar però els motius de denegació del reconeixement o de l'execució, com amb anterioritat ja s'ha mencionat.

L'autoritat encarregada d'analitzar si es compleixen els requisits serà l'autoritat d'execució, i a banda d'analitzar les formalitats també observarà els procediments expressament pautats per l'autoritat d'emissió. Els procediments i les formalitats fixats per l'Estat emissor es donaran per vàlids, a menys que siguin contraris a la present Directiva; i que ambdós no siguin contraris als principis jurídics fonamentals de l'Estat d'execució. En aquest segon apartat de l'article 9 de la present Directiva es torna a entre veure la feble aplicació del principi de mutu reconeixement, ja que és l'autoritat emissora l'encarregada de fixar els procediments per a l'execució de la mesura d'investigació i no la pròpia autoritat executora de fer-ho segons els seus propis procediments; i a més a més, limitant clarament els supòsits de denegació, concurrent contrarietat dels procediments i formalitats envers la Directiva i els principis jurídics fonamentals de l'Estat executor.

En el supòsit que una OEI hagi estat emesa per una autoritat que no compleixi les condicions de l'article 2.1.c) de la present Directiva, l'autoritat d'execució té el deure de retornar l'OEI a l'Estat emissor.

La present Directiva faculta a l'autoritat d'emissió poder demanar que una o vàries autoritats de l'Estat emissor donin suport a les autoritats competents de l'Estat executor en l'execució de l'OEI corresponent. S'acceptarà aquesta petició sempre que les autoritats de l'Estat emissor tinguin prerrogatives per a executar mesures d'investigació requerides en l'OEI en un cas intern similar; un altre límit són els principis jurídics fonamentals de l'Estat d'execució, en conseqüència aquesta assistència no pot ser contrària a l'ordenament jurídic de l'Estat executor ni perjudicar la seguretat nacional d'aquest.

El paràgraf cinquè de l'article 9 clarifica allò que ja es pot intuir, les autoritats de l'Estat emissor en cas de poder participar en l'execució de l'OEI s'hauran de sotmetre al Dret de l'Estat d'execució al trobar-se a l'Estat d'aquest últim. Com a regla general, es determina que les autoritat estrangeres no gaudiran de la competència coercitiva. Ara bé, com a excepció, es

contempla la possibilitat d'exercir aquesta força quan sigui conforme al Dret nacional de l'Estat executor i en la mesura pactada entre l'autoritat d'emissió i la d'execució.

L'article conclou donant la possibilitat a l'autoritat d'emissió i a l'autoritat d'execució a poder-se consultar per poder facilitar el reconeixement i l'execució de l'OEI. Aquesta actuació es podrà portar a terme per qualsevol mitjà adequat deixant així oberta la possibilitat d'escollir el mitjà a les parts i podent ser proposada per qualsevol d'aquestes.

3.6.2 POSSIBILITAT DE SUBSTITUCIÓ DE MESURES D'INVESTIGACIÓ

La Directiva 2014/41/CE permet als Estats membres optar per mesures d'investigació diferents a les que es fixen a l'OEI emesa per l'autoritat emissora. Aquesta possibilitat està contemplada al seu article 10 i es portarà a terme quan es doni un dels dos supòsits contemplats a la present Directiva. El primer d'ells és en el cas de que no existeixi en el Dret nacional de l'Estat d'execució, és a dir, quan la mesura requerida no es pugui executar de forma immediata per no reconeixre-la l'Estat executor, aquest enlloc de rebutjar-la directament se li confereix la possibilitat de poder exercitar una altra mesura que pugui oferir uns resultats iguals o similars; el segon supòsit possible es donarà quan la mesura d'investigació sol·licitada a l'OEI no existeixi en un cas intern similar, aquí la mesura requerida en principi sí que existeix per l'Estat executor, però no es podria aplicar en un cas intern similar.

L'acció de substituir una mesura d'investigació per una altra, sense consultar prèviament a l'autoritat emissora de l'OEI, pot frustrar el procés per l'obtenció de la prova i fins i tot afectar negativament en el procés d'investigació. BACHMAIER opina que la no existència de la mateixa mesura d'investigació no pot comportar denegar directament la mesura requerida, però s'hauria de requerir a l'autoritat emissora de l'OEI abans d'efectuar-se la substitució de la mesura encara que s'assoleixin resultats equivalents. Segons BACHMAIER la consulta s'hauria de fer ràpidament i sense l'exigència de formalitats especials, i excepte en casos d'urgència, hauria de ser obligatòria tal consulta²⁰. L'article 10.4 de la present Directiva contempla aquest greuge, i per aquest motiu estableix que quan l'autoritat d'execució decideixi

²⁰ BACHMAIER, L., "The Proposal for a Directive on the European Investigation Order and the Grounds for Refusal: A critical Assessment". Dins *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe: Developments in EU Legislation and New Challenges for Human Rights – Oriented Criminal Investigations in Cross – border Cases* (coord.. RUGGERI, S.). 1a ed. Nova York. Springer, 2014, p. 71 – 90, p. 76.

fer ús dels apartats 1 i 3 del present article, haurà d'informar a l'autoritat emissora, a més a més, a aquesta autoritat se li confereix la possibilitat de retirar o bé completar la OEI.

El darrer esborrany de la present Directiva aquest mateix apartat del precepte es conclouïa preveient que en el cas que la mesura d'investigació requerida no es pogués executar o bé la seva substitució no fos possible o no se'n poguessin obtenir els mateixos resultats l'autoritat d'execució haurà de notificar a l'autoritat d'emissió que no podrà portar a terme l'assistència que se li ha requerit. Finalment aquesta puntualització s'ha incorporat a l'article 10.5, i per tant, s'introdueixen tres punts nous respecte a la última proposta de la present Directiva en forma d'esborrany.

L'article 10.2 de la Directiva objecte d'anàlisi determina que sense perjudici de l'article 11, l'apartat 1 anteriorment analitzat no serà d'aplicació a les mesures d'investigació que es preveuen en aquest precepte, sempre han d'existir en el Dret nacional de l'Estat d'execució, a) l'obtenció d'informació o de proves que es trobin en poder de l'autoritat d'execució sempre que, conforme al Dret nacional de l'Estat d'execució, aquesta informació o aquestes proves s'haguessin pogut obtenir en el context d'un procediment penal o amb els fins de la OEI; b) l'obtenció d'informació obtinguda en base de dades que es trobin en poder de les autoritats policials o judicials i que siguin directament accessibles a l'autoritat d'execució en el marc d'un procediment penal; c) la declaració d'un testimoni, un pèrit, una víctima, un investigat o acusat o un tercer en el territori de l'Estat d'execució; qualsevol mesura d'investigació no invasiva definida d'acord amb el Dret nacional de l'Estat d'execució; e) la identificació de persones que siguin titulars d'un número de telèfon o una direcció IP determinats.

Finalment, l'últim apartat que resta per analitzar de l'article 10 és el tercer. Aquest apartat complementa directament el primer del precepte, ja que contempla la possibilitat que l'autoritat d'execució pugui aplicar una mesura d'investigació diferent a la establerta a la OEI quan la mesura escollida per part de l'autoritat executora permeti obtenir el mateix resultat que la sol·licitada a l'OEI i s'aconsegueixi amb mitjans menys invasors a la intimitat de l'acusat o de l'investigat.

La Directiva reconeix un paper fonamental a la normativa nacional de l'Estat d'execució, ja que es podrà prohibir el reconeixement de l'EOI per la raó que els requisits nacionals no es compleixen. S'estableix clarament l'existència d'un criteri de proporcionalitat en l'Estat d'execució a la llum de la gravetat del delictes que s'investigui o el nivell de sospita d'acord amb la legislació d'aquest país. L'Estat d'execució podrà recórrer a una mesura d'investigació menys lesiva si aquesta pot produir el mateix resultat que la mesura requerida per l'Estat d'emissió. No

hi ha dubte que aquesta opció implicaria un anàlisi de la proporcionalitat per part de les autoritats de l'Estat d'execució²¹. Aquest mecanisme pot crear una mena d'harmonització espontània entre els diferents sistemes jurídics. Semblaria que l'aplicació de la mesura menys lesiva confereix a l'examinació de la proporcionalitat de la prova el poder d'impedir l'admissibilitat d'algunes mesures d'investigació: no hi ha certesa que les diferents mesures adoptades per l'Estat d'execució podrien ser admissibles com a prova en judici que es celebrés a l'Estat d'emissió²².

3.6.3 MOTIUS DE DENEGACIÓ DEL REONEIXEMENT O DE L'EXECUCIÓ

En el precepte 11 de la present Directiva s'hi fixen els motius de denegació del reconeixement o de l'execució de mesures d'investigació. El funcionament de l'article mencionat bàsicament es dona mitjançant l'establiment d'una bateria de mesures, concretament es conformen en 8 punts. BACHMAIER expressa que cal diferenciar entre causes de denegació de mesures coercitives i causes de denegació per la resta de mesures o sol·licitud de proves; a més a més, també apunta que un aspecte problemàtic és la manca de claredat, que no només afegeix dificultats de comprensió, sinó que també causa incerteses legals²³.

L'apartat primer de l'article 11 preveu la possibilitat de denegar el reconeixement o l'execució d'una OEI a l'Estat d'execució, sens perjudici de l'aplicació de l'article 1.4²⁴, quan concorrin algun dels supòsits que es desenvolupen a continuació.

²¹ RUGGERI, S., (2013), pp. 557ff, citat per ALLEGREZZA, S., “Collecting Criminal Evidence Across the European Union: The European Investigation Order Between Flexibility and Proportionality” Dins *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe: Developments in EU Legislation and New Challenges for Human Rights – Oriented Criminal Investigations in Cross – border Cases* (coord. RUGGERI, S.). 1a ed. Nova York. Springer, 2014, p. 51 – 70, p. 63 i 64.

²² MARCHETTI (2011), p. 164, citat per ALLEGREZZA, S., ., “Collecting Criminal Evidence Across the European Union: The European Investigation Order Between Flexibility and Proportionality” Dins *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe: Developments in EU Legislation and New Challenges for Human Rights – Oriented Criminal Investigations in Cross – border Cases* (coord. RUGGERI, S.). 1a ed. Nova York. Springer, 2014, p. 51 – 70, p. 64.

²³ BACHMAIER, L., “The Proposal for a Directive on the European Investigation Order and the Grounds for Refusal: A Critical Assessment”. Dins *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe: Developments in EU Legislation and New Challenges for Human Rights – Oriented Criminal Investigations in Cross – border Cases* (coord. RUGGERI, S.). 1a ed. Nova York. Springer, 2014, p. 71 – 90, p. 77.

²⁴ Article 1.4 Directiva 41/2014/CE: *La present Directiva no podrà tenir per efecte modificar l'obligació de respectar els drets fonamentals i els principis jurídics enunciats a l'article 6 del TUE, inclòs el dret de defensa de les persones imputades en un procés penal, i qualsevol de les obligacions que corresponguin a les autoritats judicials a aquest respecte romandran intactes.*

La primera causa concreta de denegació del reconeixement o de l'execució d'una mesura d'investigació serà d'aplicació quan hi hagi una immunitat o privilegi en el Dret de l'Estat d'execució, també quan en aquest Estat existeixin normes sobre determinació i limitació de la responsabilitat penal en relació amb la llibertat de premsa i la llibertat d'expressió en altres mitjans de comunicació que impossibilitin la seva execució.

A l'article 11.1.a) en realitat s'hi preveuen dues causes diferents, la primer d'elles és la immunitat, segons BACHMAIER la mera existència d'immunitat no hauria de provocar automàticament obstacles per la sol·licitud de proves; a continuació, posa de relleu que cal analitzar quines són les implicacions pràctiques de l'existència d'immunitats en la cooperació judicial internacional i més precisament en l'àmbit de la Unió Europea. Fins i tot, el dret internacional no és el que ofereix més possibilitats per les immunitats com a causa de rebuig en la cooperació judicial transfronterera per la consecució de proves. La mateixa BACHMAIER posa un exemple per clarificar-ho, en el cas que una autoritat judicial d'un Estat membre sol·licités una OEI, d'acord amb l'article 11.1.a), abans de rebutjar l'execució de la mesura basant-se en la immunitat, s'hauria d'intentar cercar la manera que es sol·licités renunciés a la immunitat, que potser és difícil legalment, però es pot aconseguir per via diplomàtica. BACHMAIER afegeix que l'aplicació d'aquest precepte es pot complicar si, es segueix l'opinió de la doctrina alemanya amb el terme de "privilegi" el qual també fa referència al dret del testimoni de no declarar contra familiars i altres persones, o el privilegi de la relació dels advocats amb els acusats. En aquest punt es planteja quin dret s'ha d'aplicar, qui és competent per sol·licitar la renúncia del privilegi?. Aquests elements no deixen d'accentuar la manca de claredat i dubtes legals que presenta el paràgraf que s'analitza, tal i com ressalta BACHMAIER en els arguments exposats²⁵.

En relació a l'article 11.1.a) cal fer esment als paràgraf 4 i 5 del mateix precepte. El paràgraf 5 especifica el supòsit de la immunitat concretant que quan hi hagi la retirada del privilegi o la immunitat sigui competència d'una autoritat de l'Estat membre d'execució, aquesta haurà de realitzar una sol·licitud sense demora. Quan la retirada del privilegi o la immunitat li correspongui a una autoritat d'un altre Estat membre o una organització internacional, serà l'autoritat d'emissió la que haurà de sol·licitar a l'autoritat que exerceixi tal competència. El paràgraf quart (art 11.4) de la present Directiva fixa que en els supòsits indicats a l'article 11.1.a), b), d), e) i f) l'autoritat de l'Estat d'execució haurà de consultar a l'autoritat de l'Estat

²⁵ BACHMAIER, L., "The Proposal for a Directive on the European Investigation Order and the Grounds for Refusal: A Critical Assessment". Dins *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe: Developments in EU Legislation and New Challenges for Human Rights – Oriented Criminal Investigations in Cross – border Cases* (coord. RUGGERI, S.). 1a ed. Nova York. Springer, 2014, p. 71 – 90, p. 77 – 78.

d'emissió que faciliti sense demora la informació necessària, això succeirà abans de decidir la denegació total o parcial del reconeixement o de l'execució d'una OEI. Així doncs, no es portarà a terme una denegació automàtica per part de l'Estat executor i conseqüentment no només es tindrà en compte la legislació d'aquest Estat, sinó que hi intervindran els dos Estats.

La segona causa de denegació prevista en el mateix precepte 11.1.a) fa referència a un supòsit de denegació del reconeixement o de l'execució sense tenir ni establir cap mena de relació amb la immunitat. Pel que fa a la llibertat de premsa i d'expressió, també se'n desprèn una contingut confús. No és clar, si es refereix a la protecció de les fonts d'informació o si es tracta d'un requisit específic de la doble incriminació que s'ha d'examinar quan l'OEI s'ocupi d'un delictes relacionat amb la llibertat de premsa o d'expressió, així ho ressalta BACHMAIER²⁶. A més a més, abans de prendre una decisió sobre el rebuig de la mesura d'investigació requerida a l'Estat d'execució s'haurà de consultar a l'autoritat de l'Estat d'emissió pels mitjans adequats, la present Directiva no detalla per quins mitjans es formularà tal consulta, article 11.4 de la present Directiva.

L'article 11.1.b) plasma com a causa de no reconeixement i no execució d'una OEI, quan aquesta pogués lesionar interessos de seguretat nacional, comprometre a la font d'informació, o implicar la utilització d'informació relacionada amb activitats dels serveis d'intel·ligència. Aquest punt no introdueix cap element innovador, es limita a adoptar causes tradicionalment establertes en normes convencionals. Aquestes causes de denegació del reconeixement i de l'execució són molt similars Decisió Marc 2008/978/JHA en el seu article 13.1.g); l'ECMACM de 20 d'abril de 1959 article 2,b), aplicable també a l'EUCMACM de 29 de maig de 2000.

BACHMAIER posa de manifest que el dret dels Estats a mantenir certes informacions secretes i abstenir-se de revelar algunes informacions hauria de ser objecte de control, perquè això no pogués suposar una excusa i conseqüentment contribuir a la impunitat de seriosos crims²⁷. És cert que els Estats són molt sensibles quan es tracta de la pròpia protecció nacional, però al mateix temps la present Directiva es basa en el principi del mutu reconeixement i aquest implica

²⁶ BACHMAIER, L., "The Proposal for a Directive on the European Investigation Order and the Grounds for Refusal: A Critical Assessment". Dins *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe: Developments in EU Legislation and New Challenges for Human Rights – Oriented Criminal Investigations in Cross – border Cases* (coord. RUGGERI, S.). 1a ed. Nova York. Springer, 2014, p. 71 – 90, p. 78.

²⁷ Problemes relacionats amb els usos dels secrets d'Estat i l'accés a la informació classificada en processos judicials, encara pel que fa al sistema judicial criminals dels EEUU, estudi de Vervaele (2012), p. 229 – 261. Citat per BACHMAIER, L., "The Proposal for a Directive on the European Investigation Order and the Grounds for Refusal: A Critical Assessment". Dins *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe: Developments in EU Legislation and New Challenges for Human Rights – Oriented Criminal Investigations in Cross – border Cases* (coord. RUGGERI, S.). 1a ed. Nova York. Springer, 2014, p. 71 – 90, p. 79.

el tractament dels processos judicials dels altres Estats membres com si es tractessin de processos judicials interns. En conseqüència utilitzar aquesta causa per evitar de portar a terme alguna OEI no pot ser una mera excusa, sinó que el rebuig d'aquesta s'hauria de basar en un dany o possible agressió real a la seguretat nacional; ja que els Estats membres amb l'adopció de la present Directiva estan adquirint un major compromís i una major cooperació amb la resta de socis europeus.

Novament, abans de prendre una decisió sobre la denegació de la mesura d'investigació requerida a l'Estat d'execució s'haurà de consultar a l'autoritat de l'Estat d'emissió pels mitjans adequats, article 11.4 de la present Directiva.

La següent causa de denegació es podria al·legar quan l'OEI s'hagi emès pels procediments contemplats a l'article 4 b) i c)²⁸ de la present Directiva, i la mesura d'investigació no fos autoritzada, d'acord amb el Dret de l'Estat d'execució, per un cas intern similar (art 11.1.c). Es tractaran doncs, de procediments inicialment administratius que en el transcurs d'aquest puguin derivar a procediments penals i derivar-se'n responsabilitats penals; per tant, davant d'aquesta possibilitat pot haver-hi la necessitat de sol·licitar certes mesures d'investigació en el marc de procediments administratius que per la seva entitat o característiques pròpies es tingui la sospita d'acabar sent un procés penal. En conseqüència, quan concorrin aquests elements en aplicació de la legislació de l'Estat d'execució sobre mesures d'investigació requerides podran ser rebutjades sempre hi quan també es fes en casos similars interns; és a dir, es podrà negar el reconeixement i l'execució mesures d'investigació derivades dels supòsits esmentats si tampoc s'acceptés en processos interns similars. En aquest cas, no cal que l'autoritat de l'Estat d'execució consulta a l'Estat d'emissió sobre el rebuig de la mesura.

BACHMAIER en el seu anàlisi determina que hi ha un coincidència parcial dels articles 11.1.c) i 10.1.b) (possible substitució de la mesura sol·licitada). Es pregunta si això significa que en cas d'aplicació de l'article 11.1.c) l'OEI es pot refusar sense prèviament haver intentat substituir la mesura requerida per una altre aconseguint el mateix resultat? O pel contrari, una mesura sol·licitada només es pot rebutjar en aplicar l'article 11.1.c) si no es pot substituir per una mesura similar, com preveu l'article 10.1.b)? en cas d'acceptar la última interpretació, BACHMAIER entén que això significa que l'article 11.1.c) només repetiria allò que ja preveu l'article 10.1.b), això seria aplicable a processos penals i administratius que poguessin donar

²⁸ Article 4.b) i c) Directiva 41/2014/CE: *b) en els procediments incoats per autoritats administratives per fets tipificats en el Dret intern de l'Estat d'emissió per ser infraccions de disposicions legals, i quan la decisió pugui donar lloc a un procediment davant una autoritat jurisdiccional competent, en particular, en matèria penal; c) en els procediments incoats per autoritats judicials per fets tipificats en el Dret intern de l'Estat d'emissió per ser infraccions de disposicions legals, i quan la decisió pugui donar lloc a un procediment daban un òrgan jurisdiccional competent, en particular, en matèria penal.*

lloc a processos penals. Ara bé, si l'article 11.1.c) es limita a establir que les OEI sol·licitades en el marc de procediments administratius es poden denegar immediatament i sense recórrer a una mesura substitutiva. Acaba resumint, que aquestes qüestions no tindran gran importància a la implantació pràctica de la Directiva, però la superposició de provisions, a banda de mostrar una tècnica legal pobre, no contribueix a la claredat legal que hauria de proveir l'instrument²⁹.

Es denegarà l'execució de qualsevol mesura contrària al principi de *ne bis in idem*, així ho estableix l'article 11.1.d). El principi de *ne bis in idem* es reconeix a l'article 50 de la Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea. El concepte d'aquest principi no és el mateix a tots els Estats de la Unió Europea, el mateix succeeix amb la protecció, no es dóna amb la mateixa intensitat a nivell supranacional, en aquest cas europeu, que a nivell nacional.

Els dos preceptes a nivell europeu que ofereixen una major protecció i referència al principi *ne bis in idem* són l'article 54 Conveni d'Aplicació de l'Acord de Schengen i el 50 de la Carta DFUE. Article 54 CISA: *Una persona que hagi estat jutjada per sentència ferma per una Part contractant no podrà ser perseguida pels mateixos fets per una altra Part contractant, sempre que, en cas de condemna, s'hagi executat la sanció, s'estigui executant o no es pugui executar ja sigui segons la legislació de la Part contractant on hagi tingut lloc la condemna.*

Article 50: *Ningú podrà ser jutjat o condemnat penalment per una infracció respecte de la qual ja ha estat absolt o condemnat a la Unió mitjançant sentència penal ferma conforme a la llei.*

La característica més rellevant del principi *ne bis in idem* és la seva doble eficàcia: horitzontal i vertical. És d'aplicació en conflictes derivats entre Estats membres, eficàcia horitzontal; i també s'aplicarà respecte a resolucions dictades per les institucions europees i tribunals dels Estats membre que afectin directament a ciutadans de la Unió. Per tant, l'article 50 de la Carta no només protegeix el doble càstig per uns mateixos fets, sinó que també li dóna una doble eficàcia més al principi mencionat, com relata BACHMAIER³⁰.

La mateixa autora manifesta que aquest precepte no respon sobre què succeeix si el primer procediment finalitza amb un acord sense judici formal.

²⁹ BACHMAIER, L., "The Proposal for a Directive on the European Investigation Order and the Grounds for Refusal: A Critical Assessment". Dins *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe: Developments in EU Legislation and New Challenges for Human Rights – Oriented Criminal Investigations in Cross – border Cases* (coord. RUGGERI, S.). 1a ed. Nova York. Springer, 2014, p. 71 – 90, p. 80.

³⁰ BACHMAIER, L., "The Proposal for a Directive on the European Investigation Order and the Grounds for Refusal: A Critical Assessment". Dins *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe: Developments in EU Legislation and New Challenges for Human Rights – Oriented Criminal Investigations in Cross – border Cases* (coord. RUGGERI, S.). 1a ed. Nova York. Springer, 2014, p. 71 – 90, p. 81.

Quant a la comprovació pràctica del principi *ne bis in idem*, és a dir, si la OEI que es sol·licita fa referència a uns fets i un subjecte el qual ja havia estat jutjat amb anterioritat pels mateixos fets en un altre Estat de la Unió Europea. Com a regla general l'Estat d'emissió de l'OEI no hauria de tenir coneixement d'aquesta informació. BACHMAIER en fer aquestes puntualitzacions, també fa referència al sistema ECRIS, exposant que si aquest ja estigués en funcionament facilitant la informació dels delinqüents a nivell europeu, l'autoritat judicial podria comprovar a través d'aquest sistema si l'acusat que figura a l'OEI ha estat condemnat pels mateixos fets. Ara bé, s'aprecia que tot i així tampoc seria senzill percebre-ho per la breu descripció dels fets que s'ha d'exposar a l'OEI. En sentit contrari, la mateixa BACHMAIER recorda que l'autoritat d'emissió de la mesura si assegura que no es viola el principi de *ne bis in idem*, l'autoritat d'execució no podrà negar l'execució de l'OEI per la infracció d'aquest principi. Així doncs, el simple manifest per part de l'Estat d'emissió és suficient per impossibilitar el rebuig de la mesura, per tant aquest funcionament facilita i agilitza la cooperació judicial. Però, pel costat oposat, aquesta mateixa pràctica no ajuda a enfortir la protecció dels drets fonamentals ni la confiança dels acusats en els instruments de cooperació judicial³¹.

A l'article 11.1.e) es preveu la limitació de la competència penal extraterritorial, és a dir, quan l'Estat emissor de la mesura d'investigació sol·liciti una mesura per uns fets comesos totalment fora de les seves fronteres i, total o parcialment en el territori de l'Estat d'execució, i la conducta sent la causa que motiva l'emissió de l'OEI no sigui constitutiva de delictes a l'Estat d'execució; donant-se aquest seguit de requisits es faculta a l'Estat executor a denegar el reconeixement i execució de la mesura d'investigació. Per tant, s'han de complir totes les exigències mencionades per l'apartat: els fets motivadors de l'emissió de l'OEI no s'han de produir en l'Estat emissors; aquests mateixos fets han de succeir en l'Estat executor de forma total i bé parcial; i finalment la conducta en qüestió no pot estar qualificada com a delictes en l'Estat d'execució. Des del punt de vista de BACHMAIER és comprensible que els Estats rebutgin la cooperació per a preservar la seva jurisdicció penal, però destaca que des de la perspectiva de l'eficiència en l'enjudiciament dels delictes transnacionals aquesta causa de denegació no és la millor solució.

El següent motiu de denegació contemplat en el precepte 11.1.f) té com límits el compliment de l'article 6 del Tractat de la Unió Europea i la Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea.

³¹ BACHMAIER, L., "The Proposal for a Directive on the European Investigation Order and the Grounds for Refusal: A Critical Assessment". Dins *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe: Developments in EU Legislation and New Challenges for Human Rights – Oriented Criminal Investigations in Cross – border Cases* (coord. RUGGERI, S.). 1a ed. Nova York. Springer, 2014, p. 71 – 90, p. 83 – 84.

En conseqüència, l'Estat d'execució té l'obligació de denegar el reconeixement o l'execució de qualsevol mesura d'investigació que impossibiliti el compliment de les obligacions derivades de l'article 6 del TUE i la Carta, anteriorment mencionats.

La Directiva 2014/41/CE és un acte legislatiu d'àmbit europeu, per tant, en consonància amb això els Estats membres tenen l'obligació de respectar tot el Dret de la Unió, tant el Dret primari com el Dret derivat, és a dir els Tractats i la Carta, aquesta última amb el Tractat de Lisboa se li va conferir caràcter vinculant; i en aquest cas la present Directiva tenint caràcter de dret derivat. En resum aquesta disposició remarca l'obligatorietat i la primacia del Dret de la Unió Europea per sobre dels ordenaments jurídics interns, comportant respectar i fer efectius els drets i les llibertats emparades per la Unió Europea.

El penúltim supòsit de denegació del reconeixement o de l'execució de la mesura gira al voltant de la manca de caràcter delictiu dels fets indicats a la OEI, article 11.1.g). Concretament es podrà no executar la mesura d'investigació quan el seu contingut no sigui constitutiu de delictes a l'Estat d'execució, i no consti a l'annex D de la present Directiva dins de les categories de delictes previstes, a més a més, també cal examinar la legislació de l'Estat d'emissió de l'OEI, en aquest és punible amb una pena o mesura de seguretat privativa de llibertat com a mínim de 3 anys. Per tant, per a què pugui adoptar la denegació de l'OEI l'Estat executor abans haurà d'examinar la seva legislació, l'annex D de la Directiva 2014/41/CE i finalment l'ordenament penal de l'Estat emissor.

Pel que fa a la última causa prevista al mateix precepte 11.1 a la lletra h), el contingut d'aquest està estretament vinculat amb l'analitzat amb anterioritat; ambdós fan referència a la manca de caràcter .

L'apartat segon de l'article 11 (11.2) aclareix que les lletres g) i h) del mateix precepte no s'aplicaran a les mesures d'investigació previstes a l'article 10.2³². En el mateix article 10.2 de la present Directiva ja es preveu que en les mesures d'investigació detallades en aquest no els hi serà d'aplicació part de l'article 11.1, i concretament estableix l'article 11.2 seran les lletres g) i

³² Article 10.2 Directiva 41/2014/CE: *sens perjudici de l'article 11, apartat 1, no s'aplicarà a les següent mesures d'investigació, que sempre han d'existir en el Dret nacional de l'Estat d'execució: a) l'obtenció d'informació o de proves que es trobin en poder de l'autoritat d'execució sempre que, de conformitat amb el Dret nacional de l'Estat d'execució, aquesta informació o aquestes proves haguessin pogut obtenir-se en el context d'un procediment penal amb els fins de l'OEI; b) l'obtenció d'informació continguda en bases de dades que es trobin en poder de les autoritats policials o judicials i que sigui directament accessibles a l'autoritat d'execució en el marc d'un procediment penal; c) la declaració d'un testimoni, un pèrit, una víctima, un investigat o acusat o un tercer en el territori de l'Estat d'execució; d) qualsevol mesura d'investigació no invasiva d'acord al Dret nacional de l'Estat d'execució; e) la identificació de persones que siguin titulars d'un número de telèfon o una direcció IP determinades.*

h). La conseqüència pràctica en aquestes mesures concretes és que no es podrà denegar l'execució pel llinar establert en les legislacions fixat ni per no trobar-se a la llista dels delictes dels diferents ordenaments jurídics.

Per a concloure, manca per analitzar l'article 11.3 de la present Directiva, en aquest es preveu una concreció en quan a uns casos molt determinats, són els que fan referència a delictes de matèria fiscal, derivats de taxes o impostos; duanes o control de canvis. En aquests supòsits l'autoritat d'execució no es podrà negar a executar l'OEI al·legant que el Dret intern de l'Estat executor no imposa els mateixos tipus a les taxes o impostos, o no comparteix normativa semblant en els àmbits fiscals, duaner o canviari amb l'Estat d'emissió.

Per a poder complir els objectius que es fixa la present Directiva 2014/41/CE que són la millora i l'agilització de la cooperació transfronterera en matèria de prova, i a la vegada assegurar l'admissibilitat de la mateixa, així com la protecció dels drets fonamentals, reduint els costos financers, augmentant la confiança mútua i la cooperació entre els Estats membres. Pel que a la consecució de l'agilització procedimental l'article 12 de la present Directiva fixa els terminis temporals pel reconeixement i l'execució de les mesures d'investigació.

3.6.4 LÍMITS TEMPORALS PER AL RECONeixEMENT O L'EXECUCIÓ

En primer lloc l'article 12.1 obliga als Estats membres a resoldre sobre el reconeixement o l'execució de la mesura amb la mateixa prioritat i celeritat que els casos interns similars, i a més a més, aquestes actuacions s'hauran de realitzar dins dels terminis temporals que es prevegin a la present Directiva. Per tant, hi ha una doble obligació, la primera d'elles és que els processos penals transfronterers que se'n derivi una OEI gaudiran del mateix tractament que els processos interns, els Estats hauran de tenir la mateixa consideració per aquests processos que pels propis; la segona obligació serà el compliment dels terminis propis de la present Directiva.

En el mateix precepte 12 en el seu segon apartat es contempla un tracte diferenciat de les OEI segons la gravetat del delicte o altres circumstàncies que puguin ser urgents, quan concorri un o ambdós requisits (gravetat del delicte o circumstàncies urgents), i a més a més, hagin estat indicats per l'autoritat d'emissió. El termini per a reconèixer o executar la mesura haurà de ser més breu que el previst pels casos ordinaris, pel que fa a la resolució de reconeixement o d'execució seran 30 dies, i per portar a terme la mesura d'investigació 90 dies (arts. 12.3 i 12.4). En conseqüència, quan es reconegui l' "status" de gravetat o d'urgència els terminis hauran de ser més curts que els mencionats. En relació als terminis, també es contempla la possibilitat que

L'autoritat d'execució indiqui una data concreta per a realitzar-se la mesura d'investigació. L'últim element objecte d'anàlisi de l'article 12.2 és incentivar a l'Estat executor a obtenir la prova amb la major celeritat possible i així, aconseguir escorçar els terminis previstos per la present Directiva.

Com s'ha deixat entre veure, els paràgraf tercer i quart de l'article 12 són els que expressen terminis concrets per a la realització de les diferents actuacions. L'article 12.3 expressa que les autoritat d'execució hauran de resoldre sobre el reconeixement o l'execució de l'OEI com a màxim en un període 30 dies, ara bé, tal termini comença a computar des de que es troba a mans de l'autoritat d'execució competent. D'aquesta afirmació es desprèn, que en el supòsit que l'OEI hagi estat emesa a una autoritat de l'Estat executor no competent en la matèria no correrà el termini per a realitzar les actuacions, així doncs, aquest termini no començarà a computar fins a trobar-se a la disposició de l'autoritat competent sobre la mesura d'investigació, sent indiferent el fet de trobar-se l'OEI a mans de l'Estat executor, si no és l'autoritat competent concreta d'aquest.

El paràgraf quart estableix el termini general per portar a terme la mesura d'investigació, aquest termini serà de 90 dies a comptar des de la resolució adoptada per part de l'autoritat competent de l'Estat d'execució. No obstant, es preveuen en el mateix paràgraf dues excepcions a aquesta regla general. La primera excepció són els motius d'aplaçament contemplats a l'article 15 de la present Directiva³³; la segona excepció és el fet de trobar-se la mesura d'investigació que conté l'OEI a mans de l'Estat d'execució en el moment d'emetre's tal sol·licitud.

Els paràgrafs restants de l'article 12, és a dir, el cinquè i el sisè, ofereixen la possibilitat d'ampliar els terminis mencionats amb anterioritat. Quan l'autoritat d'execució no pugui complir amb el termini de resolució sobre el reconeixement o l'execució de la mesura d'investigació i també en el supòsit de que l'Estat d'execució fixi una data concreta per executar l'OEI; en aquests dos casos el termini es podrà prorrogar 30 dies més com a màxim. Ara bé, s'exigeix a l'autoritat d'execució que informi sense demora a l'autoritat competent de l'Estat d'emissió explicant els motius del retard, també comunicaran el termini estimat que s'espera haver realitzat l'actuació. Com ja s'ha dit els 30 dies de pròrroga és un termini màxim, per tant, la data estimada haurà de ser inferior o igual aquests 30 dies (article 12.5). En el cas de l'incompliment del termini per portar a terme la mesura d'investigació prevista a l'OEI que es fixa com a regla general amb 90 dies, aquest es podrà prorrogar i el precepte no fixa una xifra

³³ Article 15.1 Directiva 41/2014/CE: *es podrà aplaçar el reconeixement o execució de l'OEI a l'Estat d'execució si: a) la seva execució pot perjudicar una investigació penal o actuacions judicials penals en curs, fins el momento que l'Estat d'execució ho consieri raonable, o b) els objectes, documents o dades que es tracti estiguin sent utilitzats en altres procediments, fins que no es requereixin més amb aquest fi.*

concreta, sinó que obliga a l'Estat d'execució a comunicar aquesta demora en el compliment a l'Estat d'emissió i els motius que la causen, i també se li consultarà quin creu que és el termini adequat per realitzar la mesura d'investigació que han sol·licitat. En aquest segon cas es deixarà que l'autoritat competent de l'Estat d'emissió pugui expressar quin creu que és el període en el qual s'hauria de portar a terme la mesura requerida a l'OEI.

3.6.5 TRASLLAT DE PROVES

El contingut del següent precepte és fonamentalment de caràcter tècnic, ja que en ell s'hi preveuen els passos i la metodologia a seguir pel trasllat de la prova obtinguda mitjançant l'execució de l'OEI. L'article 13.1 menciona que la prova obtinguda a conseqüència de la pràctica de l'OEI o aquelles proves que ja es trobessin a mans de les autoritats competents de l'Estat d'execució hauran de ser traslladades a l'Estat emissor sense retard indegut, s'entén que es refereix amb la major brevetat possible. Tot i així, no es preveu un termini límit per a realitzar l'enviament de la prova, però cal ressaltar, que l'article esmentat segueix la dinàmica de la present Directiva, aconseguir una major celeritat i agilització en la circulació de la prova en l'àmbit de la Unió Europea. Fins i tot, el segon paràgraf del mateix article 13.1 estableix la possibilitat de traslladar immediatament la prova a les autoritats competents de l'Estat d'emissió que participin en l'execució quan es compleixin tres condicions. El primer dels tres requisits és que la prova resultant ha d'haver estat sol·licitada mitjançant OEI; el segon requisit és que l'enviament automàtic de la prova no pot ser contrari a la legislació interna de l'Estat d'execució; l'últim requisit és que en l'execució de l'OEI per l'obtenció de la prova hi ha d'haver participat autoritats competents de l'Estat d'emissió d'acord amb l'article 9.4 de la present Directiva³⁴. En conseqüència, es pot afirmar que l'enviament immediat de la prova és possible, però està condicionat al compliment de tots els requisits mencionats. Per tant, no regirà en tots els casos aquesta última modalitat d'enviament, però allò que sí que exigeix la Directiva amb caràcter general és el trasllat de la prova sense retards indeguts.

En el següent apartat del mateix article 13 es contempla la possibilitat de suspensió del trasllat dels elements configuradors de la prova. Aquest paràgraf es podria dividir en dues causes principals que portarien a aquesta suspensió. La primera causa és l'espera de pronunciament

³⁴ Article 9.4 Directiva 41/2014/CE: *l'autoritat d'emissió podrà demanar que una o diverses autoritats de l'Estat d'emissió assisteixin en l'execució de l'OEI per a donar suport a les autoritats competents de l'Estat d'execució en la mesura en què les autoritats de l'Estat d'emissió designades estiguin facultades per a participar en l'execució de les mesures d'investigació requerides a l'OEI en un cas intern similar. L'autoritat d'execució accedirà a dita petició, sempre que aquesta assistència no sigui contrària als principis jurídics fonamentals de l'Estat d'execució ni perjudiqui als seus interessos de seguretat nacional essencials.*

sobre un recurs interposat, no obstant, en aquesta primera causa hi caben dues excepcions l'existència de raons suficients que justifiquin el trasllat immediat de la prova per l'adequat desenvolupament de la investigació, o bé l'efectiu respecte dels drets individuals. La segona causa en la qual no hi té lloc cap excepció és la suspensió del trasllat de la prova quan aquest pugui provocar danys greus i irreversibles a la persona interessada.

En el cas que a l'Estat d'execució li interessés que se li retornés la prova aconseguida per ell i posteriorment enviada a l'Estat d'emissió, ho haurà de comunicar a aquest últim Estat perquè, quan aquest la deixi de necessitar la pugui retornar a l'Estat d'execució, article 13.3 de la present Directiva. Així doncs, aquest apartat li confereix una facultat de retorn de la prova a favor de l'Estat executor, i per tant qui ha obtingut la prova sol·licitada a l'OEI la podrà recuperar, quan l'Estat d'emissió, requerent de la prova ja no tingui més interès en ella o necessitat de posseir-la.

El darrer apartat de l'article 13 obre la porta a la possibilitat d'utilització de la prova obtinguda mitjançant OEI respecte a altres procediments. Aquesta podrà ser traslladada a l'Estat d'emissió amb la condició que es retorni la prova a l'Estat d'execució tan bon punt com el primer Estat deixi de necessitar-la, també es podria tornar en un moment concret si es pacta per les autoritats competents. Per a poder realitzar aquest tipus de trasllats de la prova cal que es donin consultes entre els Estats emissor i executor i posteriorment emetre una petició expressa a l'Estat d'execució. Si es compleixen aquest seguit de passos, i a més a més els objectes, els documents o les dades resultants de l'OEI siguin rellevants respecte del procediment el qual es sol·licita, es podrà traslladar la prova ja obtinguda.

3.6.6 VIES DE RECURS

La Directiva 2014/41/CE com a sistema ordenador de la circulació de la prova dins l'àmbit de la Unió Europea, a banda de garantir l'obtenció i l'execució de la mesura d'investigació, també ha de facilitar i contemplar garanties per a la protecció dels drets de defensa dels imputats o acusats en aquests procediments. Per aquest motiu, en la present Directiva hi apareixen articles com el 14 en el qual es preveuen les vies de recurs contra OEI.

En el primer apartat de l'article 14 exigeix als Estats membres que apliquin les mesures de recursos previstos a la seva legislació interna a les mesures d'investigació previstes a una OEI, sempre que es puguin donar en casos interns similars. El que significa és que s'aplicarà un sistema de recursos processals equivalents als previstos per la legislació interna si allò objecte

de recurs podria succeir amb casos interns similars, obviant l'establiment d'unes mesures mínimes a nivell europeu pel que fa a la interposició de recursos respecte l'OEI.

En quant a la interposició d'un recurs per motius de fons sobre una OEI la única autoritat competent per resoldre-ho serà l'Estat d'emissió, per tant, els recursos sobre el fons només podran ser impugnats a l'Estat mencionat quedant exclòs l'Estat d'execució, ara bé, aquest últim Estat podrà resoldre sobre les garanties dels drets fonamentals, article 14.2 de la present Directiva.

En el precepte 14.3 és on es fa referència la necessitat d'informar a la persona afectada sobre les possibilitats d'interposar recurs i amb temps oportú per permetre l'exercici efectiu del seu dret. La necessitat d'informar a l'interessat és la regla general que hauran de seguir els Estats tant d'emissió com d'execució de l'OEI, però s'hauran d'abstenir d'informar d'aquest dret quan prevalgui la confidencialitat d'una investigació com exposa l'article 19.1 de la present Directiva³⁵.

Tot seguit, la Directiva insisteix més als Estats membres en el respecte dels terminis establerts a les legislacions internes per la interposició de recursos en casos interns similars. A part del compliment amb els terminis també cal garantir l'exercici efectiu d'aquest dret, si les persones interessades decideixen exercir-lo, article 14.4 de la present Directiva.

Pel que fa al cinquè apartat del mateix precepte plasma els objectius de treball cooperatiu i coordinat entre els diferents Estats de la Unió, així doncs, les autoritats d'emissió i d'execució s'hauran d'informar de forma recíproca en el supòsit que s'interposin recursos davant de l'emissió, el reconeixement o l'execució de l'OEI.

L'article 14.6 de la present Directiva recorda que la interposició de recurs i per tant, la impugnació no suspèn l'execució d'una mesura d'investigació, exceptuant les ocasions en què es prevegi un efecte suspensiu en casos similars interns. El darrer apartat de l'article 14 puntualitza que tota aquella impugnació que prosperi envers el reconeixement o l'execució d'una OEI l'Estat d'emissió d'acord amb el Dret intern l'haurà de tenir en compte. Tanmateix, sens perjudici de les normes processals contingudes en els ordenaments jurídics interns, els Estats membres vetllaran per a què es respectin els drets de la defensa i l'equitat del procés en el moment d'avaluar les proves obtingudes a través de l'OEI en els processos penals de l'Estat emissor. El comportament controlador que han d'assolir els Estats membres pel que fa als drets

³⁵ Article 19.1 Directiva 41/2014/CE: *cada Estat membre adoptarà les mesures necessàries per a garantir que les autoritats d'emissió i d'execució prenguin en consideració, en l'execució d'una OEI, de la confidencialitat de la investigació.*

de defensa i l'equitat del procés, en la seva aplicació pràctica no deixarà de ser molt relatiu, perquè com ja s'ha plantejat amb anterioritat no existeixen uns mínims comuns prou sòlids com per a què existeixi un filtre examinador únic per a tota la Unió, en conseqüència sempre prevaldrà la normativa de l'Estat d'emissió encara que aquesta tingui un caràcter menys garantista i haurà de ser acceptat per la resta de socis europeus. Per ultimar l'anàlisi d'aquest precepte, el control sobre el respecte dels drets de la defensa i l'equitat del procés penal es centrarà en el moment d'avaluar les proves obtingudes a través de l'OEI, així doncs, el control a les garanties mencionades amb anterioritat segons el present article es limiten a un moment molt determinat.

3.6.7 MOTIUS PER APLAÇAR EL RECONeixEMENT O L'EXECUCIÓ

A la mateixa Directiva 2014/41/CE també es preveu l'aplaçament del reconeixement o de l'execució sobre la mesura d'investigació de l'OEI en l'Estat d'execució, i això es troba recollit a l'article 15. Aquest aplaçament es veu condicionat a dos supòsits alternatius, n'ha de concorre un dels dos. El primer d'ells és que l'execució penal pogués perjudicar una investigació penal o actuacions judicials penals que s'estiguessin portant a terme, aquest aplaçament es mantindria fins que l'Estat d'execució ho considerés com a raonable; el segon supòsit s'aplicaria quan els objectes, documents o dades de l'OEI estiguessin utilitzant en aquell moment en altres procediments i per tant n'impediria la seva utilització per aquest, llavors l'Estat d'execució es veuria obligat a aplaçar l'execució momentàniament fins que no es requerissin més els objectes, documents o dades.

En el segon apartat del mateix precepte per no trencar amb la celeritat i l'agilització de la circulació de la prova en els processos penals transfronterers en l'àmbit de la Unió, la present Directiva indica a l'Estat d'execució que en tan bon punt com deixin d'existir les causes que han portat a aplicar l'aplaçament, l'autoritat d'execució haurà de procedir a l'execució de l'OEI i, afegeix que s'haurà d'informar l'autoritat d'emissió d'aquesta nova situació deixant-ne constància per escrit, aquest últim fet és una exigència suplementària, ja que la Directiva 41/2014/CE no es limita a ordenar que cal informar a l'Estat d'emissió que es reprèn l'execució de la mesura d'investigació, sinó que s'ha de fer a través de qualsevol mitjà que pugui deixar constància per escrit, article 15.2.

3.6.8 OBLIGACIÓ D'INFORMACIÓ

Pel bon funcionament de la present Directiva és essencial que s'estableixi una bona comunicació i per tant, com a resultat se'n derivi una fluïdesa en l'intercanvi d'informació entre l'Estat d'emissió i l'Estat d'execució, per aquest motiu l'acte legislatiu present desenvolupa al llarg de l'article 16 l'obligació d'informació, així s'aconsegueix que ambdós Estats estiguin al corrent dels diferents passos i actuacions que es van portant a terme.

Concretament, a l'article 16.1 es determina que l'autoritat competent de l'Estat d'execució que rebí l'OEI, informará de la correcta recepció d'aquesta en el termini màxim d'una setmana des de la seva recepció. Aquesta comunicació es realitzarà mitjançant la complementació i enviament del formulari de l'annex B. En el paràgraf primer es parla d'autoritat competent de l'Estat d'execució com a receptor de la mesura d'investigació, però els paràgrafs segon i tercer del mateix apartat recorden que es pot haver designat a una autoritat central. En el paràgraf segon es cita que quan s'hagi designat una autoritat central, d'acord amb l'article 7.3³⁶ l'obligació d'informar recaurà tant a l'autoritat central com a l'autoritat d'execució que rebí l'OEI per part de l'autoritat central. L'obligació d'informar també la tindran l'autoritat competent que en primera instància rebí l'OEI com l'autoritat d'execució a la qual finalment es remetrà l'OEI, d'acord amb els supòsits de l'article 7.6 de la present Directiva³⁷.

L'apartat segon de l'article 16 manifesta que l'autoritat d'execució haurà d'informar a l'autoritat d'emissió immediatament, per qualsevol mitjà en un seguit de supòsits especificats, tot i allò previst a l'article 10.4 i 5³⁸. Quan concorrin aquestes circumstàncies que es citaran a continuació, la posada al corrent a l'autoritat d'emissió haurà de ser immediata, la present Directiva no confereix ni tan sols un termini breu a l'autoritat d'execució per a informar, s'entén doncs que es tractarà de casos d'especial rellevància en els quals la celeritat és primordial. L'aspecte d'excepcionalitat també es veu reforçat amb el fet de que la comunicació es pugui

³⁶ Article 7.3 Directiva 2014/41/CE: *no obstant allò disposat a l'article 2, lletra d), cada Estat membre podrà designar una autoritat central o, si així ho preveu el seu sistema jurídic, més d'una, per a assistir a les autoritats competents. Si així ho exigeix l'organització del seu sistema judicial intern, tot Estat membre podrà assignar a les seves autoritats centrals la funció de transmissió i recepció administratives de l'OEI i la correspondència oficial relativa al mateix.*

³⁷ Article 7.6 Directiva 2014/41/CE: *quan l'autoritat de l'Estat d'execució que rebí una OEI no sigui competent per a reconèixe-la i adoptar les mesures necessàries per a la seva execució, l'haurà de transmetre d'ofici a l'autoritat d'execució i notificar-la a l'autoritat d'emissió.*

³⁸ Article 10.4 i 5 Directiva 2014/41/CE: *4. Quan l'autoritat d'execució decideixi fer ús de les possibilitats contemplades en els apartats 1 i 3, informará en primer lloc a l'autoritat d'emissió, la qual podrà decidir retirar l'OEI. 5. Quan, d'acord amb l'apartat 1, la mesura d'investigació indicada a l'OEI no existeixi en el Dret nacional de l'Estat d'execució o no hagués estat possible aplicar-la en un cas intern similar i quan no existeixi cap altra mesura d'investigació que tingüés el mateix resultat que la mesura d'investigació sol·licitada, l'autoritat d'execució notificarà a l'autoritat d'emissió que no ha estat possible proporcionar l'assistència requerida.*

realitzar per qualsevol mitjà, sense l'exigència suplementària que s'hagi de deixar constància per escrit. Es preveuen tres supòsits en els quals es portarà a terme aquesta rapidesa en l'obligació d'informar, el primer cas es donarà quan el formulari prevista l'annex A estigui incomplet o manifestament incorrecte i això comporti que sigui impossible adoptar una resolució de reconeixement o d'execució sobre la mesura sol·licitada; el segon cas succeirà en el curs de l'execució de l'OEI quan no s'hagin realitzat altres averiguacions, es podria considerar adequat realitzar altres mesures d'investigació que en el moment d'emetre l'OEI no es van poder preveure o no es van poder detallar, amb aquesta comunicació i la posada en coneixement a l'autoritat d'emissió se la facultat perquè pugui adoptar noves mesures; l'últim cas es concorrerà quan no es pugin complir les formalitats i els procediments expressament indicats per l'autoritat d'emissió a l'OEI d'acord amb l'article 9³⁹. Finalment el mateix article 16.2 en el seu darrer paràgraf permet que a petició de l'autoritat d'emissió la informació es faciliti per qualsevol mitjà que deixi constància escrita i sense demora; aquesta facultat podrà o no exercir-la l'Estat d'emissió, ja que la present Directiva no obliga que siguin així en aquests supòsits d'informació, però sí que permet a l'autoritat d'emissió demanar el compliment d'aquesta exigència i a més a més que es realitzi amb un termini breu.

A l'últim apartat del present article, s'obliga a l'autoritat d'execució a informar a l'autoritat d'emissió sense demora i per qualsevol mitjà que deixi constància escrita, quan es doni una de les dues casuístiques contemplades. El precepte en qüestió, tampoc fixa un període concret, ni demana que hi hagi immediatesa, simplement que s'informi sense demora, per tant, es desprèn certa celeritat però tampoc una imminència. No obstant, sí que es condiona que la informació es realitzi amb un mitjà que deixi constància escrita, en conseqüència ja s'estableix aquesta

³⁹ Article 9 Directiva 2014/41/CE: 1. *L'autoritat d'execució haurà de reconèixer una OEI, transmesa de conformitat amb la present Directiva sense requerir cap altra formalitat, i s'assegurarà de que s'executi de la mateixa manera i sota les mateixes circumstàncies que si la mesura d'investigació de la qual es tracti hagués estat ordenada per una autoritat de l'Estat d'execució, a menys que l'OEI, o algun dels motius d'aplaçament contemplats a la present Directiva.* 2. *L'autoritat d'execució observarà les formalitats i procediments expressament indicats per l'autoritat d'emissió, a menys que la present Directiva disposi del contrari i sempre que tals formalitats i procediments no siguin contraris als principis fonamentals de l'Estat d'execució.* 3. *Quan una autoritat d'execució rebí una OEI que no hagi estat admesa per una autoritat d'emissió com s'especifica a l'article 2, lletra c) l'autoritat d'execució haurà de retornar l'OEI a l'Estat d'emissió.* 4. *L'autoritat d'emissió podrà demanar que una o varis autoritats de l'Estat d'emissió assisteixin en l'execució de l'OEI per a donar suport a les autoritats competents de l'Estat d'execució en la mesura en què les autoritats de l'Estat d'emissió designades estiguin facultades per a participar en l'execució de les mesures d'investigació requerides eb l'OEI en un cas intern similar. L'autoritat d'execució accedirà a dita petició, sempre que aquesta assistència no sigui contrària als principis jurídics fonamentals de l'Estat d'execució ni perjudiqui els seus interessos de seguretat nacional essencials.* 5. *Les autoritats de l'Estat d'emissió presents a l'Estat d'execució es sotmetran al Dret de l'Estat d'execució durant l'execució de l'OEI. No tindran cap competència coercitiva en el territori de l'Estat d'execució a no ser que l'exercici de dita competència en el territori de l'Estat d'execució sigui conforme el Dret nacional de l'Estat d'execució i en la mesura acordada entre l'autoritat d'emissió i la d'execució.* 6. *L'autoritat d'emissió i la d'execució es podran consultar entre si, per qualsevol mitjà adequat, amb la finalitat de facilitar l'aplicació eficaç del present article.*

obligació directament. La primera causa per a portar a terme aquesta modalitat d'informar s'haurà d'adoptar davant de qualsevol resolució basada en els articles 10 i 11 de la present Directiva⁴⁰; la segona causa es farà efectiva davant de qualsevol resolució d'aplaçament de

⁴⁰ Article 10 Directiva 2014/41/CE: 1. *L'autoritat d'execució recorrerà, sempre que sigui possible, a una mesura d'investigació diferent de la prevista en l'OEI, quan: a) la mesura d'investigació indicada a l'OEI no existeix en el Dret nacional de l'estat d'execució, o; b) la mesura requerida a l'OEI no existeix en un cas intern similar.* 2. *Sens perjudici de l'article 11, l'apartat 1, no s'aplicarà a les següents mesures d'investigació, que sempre han d'existir en el Dret nacional de l'Estat d'execució: a) l'obtenció d'informació o de proves que obrin ja en poder de l'autoritat d'execució sempre que, de conformitat amb el Dret nacional de l'Estat d'execució, aquesta informació o aquestes proves haguessin pogut estar obtingudes en el context d'un procediment penal o amb els fins de l'OEI; b) l'obtenció d'informació continguda en bases de dades que obrin en poder de les autoritats policials o judicials i que siguin directament accessibles a l'autoritat d'execució en el marc d'un procediment penal; c) la declaració d'un testimoni, un pèrit, una víctima, un investigat o acusat o un tercer en el territori de l'Estat d'execució; d) qualsevol mesura d'investigació no invasiva definida d'acord amb el Dret nacional de l'Estat d'execució; e) la identificació de persones que siguin titulars d'un número de telèfon o una direcció IP determinats.* 3. *L'autoritat d'execució podrà així mateix recórrer a una mesura d'investigació diferent a la indicada a l'OEI quan la mesura d'investigació escollida per l'autoritat d'execució tingui el mateix resultat per mitjans menys invasors de la intimitat que la mesura d'investigació indicada a l'OEI.* 4. *Quan l'autoritat d'execució decideixi fer ús de les possibilitats contemplades als apartats 1 i 3, informará en primer lloc a l'autoritat d'emissió, la qual podrà decidir retirar o completar l'OEI.* 5. *Quan, d'acord amb l'apartat 1, la mesura d'investigació indicada a l'OEI no existeixi en el Dret nacional de l'Estat d'execució o no hagués estat possible aplicar-la en un cas intern similar i quan no existeix cap altra mesura d'investigació que tingués el mateix resultat que la mesura d'investigació sol·licitada, l'autoritat d'execució notificarà a l'autoritat d'emissió que no ha estat possible proporcionar l'assistència requerida.*

Article 11 Directiva 2014/41/CE: 1. *Sense perjudici de l'article 1, apartat 4, es podrà denegar el reconeixement o l'execució d'una OEI a l'Estat d'execució: a) quan existeix una immunitat o privilegi al Dret de l'Estat d'execució que faci impossible executar l'OEI, o normes sobre determinació i limitació de la responsabilitat penal en relació amb la llibertat de premsa i a llibertat d'expressió en altres mitjans de comunicació que impossibilitin la seva execució; b) quan l'execució de l'OEI pogués lesionar, en un cas concret, interessos essencials de seguretat nacional, comprometre a la font de la informació, o implicar la utilització d'informació classificada relacionada amb determinades activitats d'intel·ligència; c) quan l'OEI hagi estat emesa pels procediments contemplats a l'article 4, lletres b) i c), i la mesura d'investigació no estigués autoritzada, d'acord amb el Dret de l'Estat d'execució, per a un cas intern similar; d) quan l'execució de l'OEI fos contrària al principi ne bis in idem; e) quan l'OEI es refereixi a un delictes que presumptament ha estat comès fora del territori de l'Estat d'emissió i total o parcialment en el territori de l'Estat d'execució, i la conducta en relació amb la qual s'emet l'OEI no sigui constitutiva de delictes a l'Estat d'execució; f) quan existeixin motius fundats per a creure que l'execució de la mesura d'investigació indicada a l'OEI seria incompatible amb les obligacions de l'Estat membre d'execució de conformitat amb l'article 6 del TUE i de la Carta; g) quan la conducta que va donar origen a l'emissió de l'OEI no sigui constitutiva de delictes d'acord al Dret de l'Estat d'execució, i no estigui recollida en les categories de delictes que figuren a l'annex D, conforme allò indicat per l'autoritat d'emissió a l'OEI, si a l'Estat d'emissió és punible amb una pena o mesura de seguretat privatives de llibertat d'almenys 3 anys, o h) quan l'ús de la mesura d'investigació indicada a l'OEI estigui limitat, d'acord amb el Dret de l'Estat d'execució, a una llista o categoria de delictes, o a delictes castigats amb penes de a partir d'un determinat Umbral que no arribi al delictes al qual es refereix l'OEI.* 2. *Les lletres g) i h) de l'apartat 1 no s'apliquen a les mesures d'investigació al que es refereix l'article 10, apartat 2.* 3. *Quan una OEI es refereixi a delictes en matèria de taxes o d'impostos, duanes o control de canvis, l'autoritat d'execució no podrà denegar el reconeixement o l'execució esgrimint que el Dret de l'Estat d'execució no imposa el mateix tipus de taxa, impost o drets, o no conté el mateix tipus de normativa en matèria fiscal, duanera o canviària que el Dret de l'Estat d'emissió.* 4. *En els casos indicats a l'apartat 1, lletres a), d), e) i f), abans de decidir la denegació total o parcial del reconeixement o de l'execució d'una OEI, l'autoritat de l'Estat d'execució consultarà a l'autoritat de l'Estat d'emissió per les vies adequades i, en el seu cas, li sol·licitarà a l'autoritat d'emissió que faciliti sense demora la informació necessària.* 5. *En el supòsit al qual es refereix l'apartat 1, lletra a), i quan la retirada del privilegi o la immunitat sigui competència d'una autoritat de l'Estat membre d'execució, l'autoritat d'execució li formularà la sol·licitud sense demora. Quan la retirada del privilegi o de la*

l'execució o del reconeixement de l'OEI, de les causes que porten a aplicar un aplaçament i si es pogués determinar la durada previsible de l'aplaçament.

3.6.9 RESPONSABILITATS PENAL I CIVIL

Tot seguit, en els dos següents preceptes de la present Directiva es desenvolupen les responsabilitats penals i civils en relació amb els funcionaris que realitzin tasques derivades de la Directiva 2014/41/CE i per tant, en el marc d'una OEI. Concretament l'article 17 estableix la responsabilitat penal i es fixa que pels delictes comesos contra o pels funcionaris de l'Estat d'emissió que es trobin dins de les fronteres de l'Estat d'execució, aquests funcionaris se'ls considerarà com a funcionaris de l'Estat d'execució. És a dir, a efectes de la comissió de delictes penals contra ells o comesos per a ells tindran un tracte igual que els funcionaris de l'Estat d'execució i en conseqüència quedaran sotmesos a l'ordenament jurídic intern, oblidant la legislació de l'Estat del qual pertanyen pel que fa a la responsabilitat penal de l'últim Estat mencionat.

En quant a la responsabilitat civil dels funcionaris ho desenvolupa l'article 18 de la present Directiva, aquest es divideix en 4 apartats. El primer determina que els funcionaris d'un Estat membre que es trobin en territori d'un altre Estat membre, l'Estat d'origen dels funcionaris serà responsable dels danys i perjudicis causats per ells durant període en el qual durin les tasques relacionades amb la consecució de mesures d'investigació, amb submissió al dret de l'Estat d'execució. Per tant, l'Estat d'emissió haurà de complir amb el Dret de l'Estat d'execució pel que fa a la responsabilitat civil d'accions comeses pels seus funcionaris.

L'article 18.2 desenvolupa la reparació dels danys causats pels funcionaris de l'Estat d'execució, la reparació de tals danys haurà de ser assumida per l'Estat d'execució seguint les mateixes condicions aplicables a danys i perjudicis.

El tercer apartat es contempla que quan un funcionari es trobi en un altre Estat membre les seves accions causin danys i perjudicis a una altra persona, l'Estat del qual prové el funcionari tindrà l'obligació de restituir íntegrament a l'Estat en el qual es troba el funcionari els imports abonats a les víctimes o als seus drethavents.

En l'últim fragment o apartat del mateix article 18 es fixa l'obligatorietat de renunciar per part dels Estats membres d'execució o en els quals es realitzi el danys que dóna dret a la

immunitat sigui competència a una autoritat d'un altre Estat membre o a una organització internacional, correspondrà a l'autoritat d'emissió sol·licitar a l'autoritat de la que es tracti que exerceixi competència.

indemnització derivada del cas previst a l'apartat 1 del present article 18, a demanar a un altre Estat membre el reemborsament de les quanties dineràries. Tanmateix, se'n deriva l'excepció de l'article 18.3 de la present Directiva.

3.6.10 CONFIDENCIALITAT I PROTECCIÓ DE DADES

Com a causa de les actuacions que preveu la Directiva 2014/41/CE, la circulació de la prova penal en l'àmbit de la Unió Europea és de gran importància aquella part que regula de forma específica la confidencialitat, ja que l'objecte sobre el qual gira la present Directiva és de gran sensibilitat i afecta directament als drets fonamentals de les persones. En el precepte 19 és on es desenvolupa tot allò referent a la confidencialitat. Cada Estat membre adoptarà les mesures necessàries per a garantir que les autoritats d'emissió i d'execució de la confidencialitat de la investigació, la Directiva no fixa unes mesures pel compliment de la confidencialitat sinó que deixa a la responsabilitat dels Estats la consecució d'aquesta obligació pels mitjans i les vies que considerin més convenients, article 19.1. Pel que fa a l'autoritat d'execució basant-se amb el seu propi Dret intern haurà de preservar la confidencialitat sobre els fets i el fons de l'OEI, excepte que per la seva importància prevalgui l'execució de la mesura d'investigació, article 19.2. En el cas que l'autoritat d'execució no pogués preservar la confidencialitat, ho haurà de posar en coneixement a l'autoritat d'emissió sense demora. En quant a l'autoritat d'emissió, d'acord amb al seu ordenament jurídic, no podrà revelar cap prova o informació facilitada per l'Estat d'execució. En aquest cas hi caben dues excepcions, la primera és que es podrà trencar amb la confidencialitat quan així ho indiqui l'Estat d'execució; la segona excepció prevista per a manifestar allò confidencial quan sigui necessari per a les investigacions o procediments descrits a l'OEI, article 19.3.

Finalment es fa esment als bancs, aquests no podran informar als seus clients interessats ni a tercers l'haver-se transmès informació a l'Estat d'emissió, ni que s'està portant a terme una investigació. Això novament seguirà les vies de la legislació interna de cada Estat membre.

El fet que cada Estat membre hagi d'aplicar el seu Dret intern en relació a la confidencialitat respecte els diferents àmbits que abarca l'OEI, posa de relleu que no hi ha una legislació europea comuna que asseguri uns mínims en la protecció de la confidencialitat, sent un element de gran delicadesa i al qual s'ha de prestar especial atenció, tant pel que fa a la protecció dels drets fonamentals dels ciutadans de la Unió Europea com pel que fa a la realització amb èxit dels procediments d'investigació penal.

A continuació i relacionat amb la confidencialitat en el precepte 20 de la present Directiva es regula la protecció de dades personals, aquestes estan protegides i només es podran tractar sota l'empareda de la Decisió Marc 2008/977/JAI del Consell⁴¹ i d'acord amb els principis del Conveni del Consell d'Europa, de 28 de gener de 1981, per a la protecció de les persones amb respecte al tractament automatitzat de dades de caràcter personal i el seu Protocol adicional. L'accés a les dades personals relacionades amb l'OEI estarà limitat i només hi podran accedir les persones autoritzades, sens perjudici als drets de l'interessat.

3.6.11 COSTES

El Capítol III de la Directiva 2014/41/CE conclou amb l'article 21 on s'hi preveuen les costes. Com a regla general, qui haurà d'assumir tots els costos relacionat amb l'execució de l'OEI serà l'Estat d'execució, sempre que no es prevegi el contrari. Quan l'autoritat d'execució cregui que els costos d'execució de l'OEI seran excepcionalment elevats, la present Directiva permet a l'Estat d'execució que consulti a l'autoritat d'emissió la possibilitat de repartir els costos o bé de modificar l'OEI. Amb anterioritat això, l'autoritat d'execució haurà d'haver informat a l'autoritat d'emissió edls costos excepcionalment elevats de forma detallada. En el cas, que no s'arribés a un acord entre els dos Estats membres sobre els costos excepcionalment elevats, l'autoritat d'emissió podrà escollir entre retirar total o parcialment l'OEI; i, mantenir l'OEI sol·licitada, i assumir la part dels costos que es considerin excepcionalment elevats.

3.7 DISPOSICIONS ESPECÍFIQUES PER A DETERMINADES MESURES D'INVESTIGACIÓ

Les dues primeres mesures d'investigació que es contemplen en el capítol IV de la Directiva 41/2014/CE són el trasllat temporal de detinguts a l'Estat d'emissió amb la finalitat de portar a terme una mesura d'investigació i el trasllat temporal de detinguts a l'Estat d'execució amb el mateix objectiu que l'anterior.

⁴¹ Decisió Marc 2008/977/JAI del Consell, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la protecció de dades personals tractats en el marc de la cooperació judicial policial i judicial en matèria penal (DO L 350 de 30.12.2008, p.60).

3.7.1 TRASLLAT TEMPORAL DE DETINGUTS

Pel que a la primera mesura d'investigació es fixa a l'article 22 de la present Directiva i preveu la possibilitat de traslladar temporalment un ciutadà detingut de l'Estat d'execució cap a l'Estat d'emissió per a l'obtenció de proves relacionades amb el procés penal al qual està en curs, sempre que aquesta mateixa persona sigui retornada dins del termini que s'ha estipulat per l'Estat d'execució.

A causa de la complexitat i l'entitat de la mesura sobre aquesta se li atribueixen més causes de rebuig a banda dels motius de denegació del reconeixement o de l'execució establerts a l'article 11 de la present Directiva⁴², com a supòsits especials de denegació d'aquesta mesura d'investigació s'estableixen la manca de consentiment del detingut; o bé que el trasllat pugui causar la prolongació de la detenció del detingut. Només cal que concorri un de tots els supòsits previstos ja sigui els de l'article 11 o bé aquests dos concretats al present article 22.2 a) i b). Cal destacar que les dues causes introduïdes específicament en aquest precepte es dirigeixen directament a la protecció del detingut per intentar garantir els drets que li són conferits pels seu estat processal. L'apartat tercer del mateix article 22 aclareix que es demanarà l'opinió al representant legal del detingut sobre el trasllat quan l'Estat d'execució ho consideri pertinent, a causa de l'edat de la persona o de la seva condició física o mental. La consulta l'efectuarà l'Estat d'execució perquè és el territori en el qual es troba el detingut, la detenció s'ha efectuat o s'està portant a terme dins aquestes fronteres.

Per a poder realitzar el trasllat entre l'Estat d'execució i l'Estat d'emissió del detingut en alguns casos serà necessari que es passi pel territori d'Estats tercers respecte la participació a l'OEI, quan això concorri caldrà que s'autoritzi el trànsit per part d'aquest tercer Estat membre, amb prèvia petició i aportant tota la documentació necessària, article 22.4.

En el següent apartat cinquè és on s'estableix tot allò que les parts hauran de pactar i tenir en compte per poder portar a terme el trasllat del detingut, sempre garantint que es tingui en consideració la condició física i mental de la persona i el nivell de seguretat que exigeix l'Estat d'emissió. Per tant, pel que fa a les disposicions pràctiques, els detalls de les condicions de detenció a l'Estat d'emissió incloent les dates de sortida de l'Estat d'execució i de retorn al mateix ho hauran d'acordar l'Estat d'execució i l'Estat d'emissió directament.

L'article 22.6 de la present Directiva determina que la persona sotmesa a trasllat haurà de restar detinguda quan es trobi a l'Estat d'emissió o si s'escau a l'Estat membre de trànsit com a causa

⁴² Ibid p. 43.

dels fets o les condemnes que justifiquen la seva detenció a l'Estat d'execució, per aquest motiu haurà de continuar estant privat de llibertat fins que l'Estat d'execució no acordi sobre la seva posada en llibertat, tota decisió en relació al detingut és pròpia de l'Estat d'execució. L'apartat vuitè especifica sobre tot allò que no podrà ser objecte la persona traslladada com la persecució, la detenció o qualsevol altra restricció de la seva llibertat personal a l'Estat d'emissió per actes o condemnes anteriors a la seva sortida de l'Estat d'execució i que no estigui previst a l'OEI. En relació aquests dos apartats i concretament amb el vuitè, l'article 22.9 especifica respecte la immunitat que es preveu a l'apartat 8 perdrà el seu efecte quan la persona traslladada, hagués tingut l'oportunitat retornar amb un període de 15 consecutius a comptar des de que la seva estància a l'Estat d'emissió ja no era una exigència per les seves autoritats. El mateix apartat confereix dos supòsits romandre en el territori, o bé haver-lo abandonat i tornar a ell.

Tot el període de temps que el detingut es trobi en territori de l'Estat d'emissió es descomptarà del còmput total de temps que la persona hagués hagut d'estar en privació de llibertat a l'Estat d'execució. És imprescindible que la present Directiva faci aquest aclariment perquè no es pugui donar la situació d'un allargament de la situació de detenció, aquest element s'ha de relacionar amb el mateix article 22.2 b) que ja es preveu com a causa de denegació del trasllat la possible prolongació de la detenció en el temps, article 22.7.

Finalment en el darrer apartat de l'article 22 (22.10), es regulen les despeses derivades del present article, aquestes seguiran allò establert com a regla general el previst a l'article 21 de la present Directiva, s'exceptuarà d'aquesta aplicació quan es derivi del trasllat de la persona a l'Estat d'emissió i del seu retorn al mateix, en aquests casos qui haurà de sufragar les despeses serà l'Estat d'emissió.

A l'article 23 de la Directiva 2014/41/CE es desenvolupa el trasllat temporal de detinguts a l'Estat d'execució amb la finalitat de portar a terme una mesura d'investigació. En aquest cas és a l'inversa de l'anterior, la persona detinguda es troba a l'Estat d'emissió i aquesta haurà de ser traslladada a l'Estat d'execució per poder portar a terme la mesura d'investigació sol·licitada en l'OEI. En el primer apartat de l'article s'expressa en què consisteix la mesura a grans trets, simplement s'acorda que es permet l'emissió d'una OEI que contingui el trasllat d'un detingut cap a l'Estat d'emissió com a causa de voler executar una mesura d'investigació per a poder obtenir proves. Per a poder aconseguir aquestes proves cal la presència d'aquest detingut que es troba en un Estat diferent del d'execució, concretament el d'emissió.

L'apartat segon del mateix article es limita a citar diferents apartats del precepte anterior que seran d'identica aplicació per aquesta mesura d'investigació. Els apartats seran el 2 a) i del 3 al 9⁴³.

El darrer apartat de l'article 23 (article 23.3) igual que a l'article precedent es fa referència a les despeses derivades de la mesura d'investigació que s'està analitzant en aquest cas. Com a regla general l'assumpció de despeses es regirà per l'article 21 de la present Directiva, a menys que del trasllat de la persona, els supòsits siguin conseqüència i des de l'Estat d'execució, que se n'haurà de fer càrrec l'Estat d'emissió.

3.7.2 COMPAREIXENÇA PER VIDEOCONFERÈNCIA I PER TELÈFON

3.7.2.1 COMPAREIXENÇA PER VIDEO CONFERÈNCIA

La tercera mesura d'investigació contemplada a la Directiva 2014/41/CE és la compareixença per videoconferència o altres mitjans de transmissió audiovisual. Aquesta mesura bàsicament consisteix en quan una persona ha de ser escoltada amb la qualitat de testimoni o pèrit per part de l'Estat d'emissió i ella es troba en l'Estat d'execució; per evitar el desplaçament del testimoni o pèrit l'autoritat d'emissió podrà emetre una OEI per a què la mesura d'investigació es pugui realitzar per videoconferència o altres mitjans de transmissió audiovisual. Aplicant aquesta mesura d'investigació no només es redueixen notablement els costos econòmics, també ajuda a reduir els temps per escoltar les persones cridades i el risc que comporta el trasllat de

⁴³ Article 22.2.a) i 22.3 – 22.9 Directiva 2014/41/CE: 22.2. *A més a més dels motius de denegació del reconeixement o de l'execució establerts a l'article 11, l'execució de l'OEI podrà denegar-se també en cas de que: a) el detingut no doni el seu consentiment. Article 22.3: sense perjudici de l'apartat 2 lletra a), quan l'Estat d'execució ho consideri necessari, a causa de l'edat de la persona o a la seva condició física o mental, es brindarà al representant legal del detingut l'oportunitat de manifestar l'opinió sobre el trasllat temporal. 4. En el cas al qual es refereix l'apartat 1, s'autoritzarà el trànsit del detingut a través del territori d'un tercer Estat membre ("l'Estat membre de trànsit") prèvia petició i acompanyat de tots els documents necessaris. 5. Les disposicions practiques relatives al trasllat temporal del detingut, així com els detalls de les seves condicions de detenció a l'Estat d'emissió, amb inclusió de les dates en les que haurà de sortir del territori de l'Estat d'execució i estar de tornada al mateix, s'acordaran entre els Estats d'emissió i d'execució, garantint-se que es tingués en compte la condició física i mental de la persona de la qual es tracti, així com el nivell de seguretat requerit a l'Estat d'emissió. 6. La persona traslladada romandrà detinguda en el territori de l'Estat d'emissió i, quan procedeixi, en el territori de l'Estat membre de trànsit en relació amb els fets o condemnes pels que ha estat detinguda a l'Estat d'execució, a menys que l'Estat d'execució demani la seva posada en llibertat. 7. El temps de detenció en el territori de l'Estat d'emissió es deduirà del període de privació de llibertat al que estigui o vagi a estar sotmesa la persona en qüestió en el territori de l'Estat d'execució. 8. A reserva d'allò disposat a l'apartat 6, la persona traslladada no serà perseguida p detinguda o sotmesa a qualsevol altra restricció de la seva llibertat personal a l'Estat d'emissió per actes o condemnes anteriors a la seva sortida del territori de l'Estat d'execució i que estiguin especificats a l'OEI. 9. La immunitat a què es refereix l'apartat 8 deixarà de tenir efecte quan la persona traslladada, havent tingut l'oportunitat de tornar durant un període de quinze dies consecutius des de la data en què la seva presència ja no sigui exigida per les autoritats d'emissió, a) romanguí, però, en el territori, o b) havent-lo abandonat hagi tornat a ell.*

persones detingudes i empresonades; i amb això també s'evita l'aplaçament d'aquestes cites, comportant l'agilització i la celeritat de la fase instructora del procés penal⁴⁴.

A continuació, el primer apartat en el seu segon paràgraf puntualitza la potestat que confereix la Directiva en poder emetre una OEI dirigida a investigats o acusats perquè també puguin ser escoltats per videoconferència o un altre mitjà de transmissió audiovisual. En conseqüència, aquesta mesura d'investigació no només es dirigeix a pèrits o testimonis, sinó que també a investigats o imputats, així doncs, s'amplien els subjectes passius els quals es poden veure sotmesos en l'execució d'aquesta mesura d'investigació concreta, article 24.1 de la present Directiva.

Tot seguit, el precepte 24 ja esmenta les causes de denegació de la mesura, a banda de reconèixer com a motius de denegació del reconeixement o de l'execució els establerts a l'article 11⁴⁵ de la present Directiva, en aquest text legal també es dona la possibilitat de poder denegar per dues causes pròpies com són la manca de consentiment per part de la persona a la qual es dirigeix la mesura d'investigació, o que aquesta mesura sigui contrària als principis fonamentals del Dret de l'Estat d'execució. Aquets dos casos específics darrerament mencionats, la Directiva cita textualment (...) *podrà denegar-se també* (...), per tant aquests dos supòsits es poden al·legar o no com a motius per la denegació, però la concurrència d'aquests no implica automàticament la negativa del reconeixement o de l'execució de la mesura d'investigació, ja que a l'articulat s'utilitza el terme "podrà". Aquest aclariment és de gran rellevància perquè el fet de que la mesura d'investigació sigui contrària als principis fonamentals del Dret de l'Estat d'execució no implica un rebuig directe, sinó que caldrà al·legar-ho com a motiu de denegació, i en cas de no fer-se la mesura s'hauria de reconèixer i executar encara que anés en contra dels principis fonamentals del mencionat Estat, article 24.2 de la present Directiva.

En quant a les disposicions pràctiques la Directiva 2014/41/CE no en fa un desenvolupament concret i detallat simplement estableix que aquests aspectes hauran de ser pactats per les autoritats d'emissió i d'execució. Quan aquests elements hagin estat pactats, s'atribueixen una sèrie d'encàrrecs a l'autoritat d'execució per part de la present Directiva. Les actuacions que haurà de portar a terme l'autoritat d'execució seran la notificació al testimoni o al pèrit, indicant-li hora i lloc de la compareixença; la citació a les persones investigades o acusades

⁴⁴ GRIO, A., "The Proposal for a Directive on the European Investigation Order and the Grounds for Refusal: A Critical Assessment". Dins *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe: Developments in EU Legislation and New Challenges for Human Rights – Oriented Criminal Investigations in Cross – border Cases* (coord. RUGGERI, S.). 1a ed. Nova York. Springer, 2014, p. 119 – 126, p. 120.

⁴⁵ Ibid p. 43.

conforme al Dret de l'Estat d'execució, i a informar-los-hi dels seus Drets d'acord al Dret de l'Estat d'emissió, amb el temps suficient perquè en el cas que volguessin, es poguessin acollir a les garanties processals previstes, article 24.3 de la present Directiva.

A l'apartat quart de la present Directiva s'especifica que quan l'autoritat d'execució no disposés dels mitjans tècnics necessaris per poder portar a terme la mesura d'investigació en qüestió, és a dir, els mitjans tècnics i tecnològics per a realitzar la compareixença per vídeo conferència, l'Estat d'emissió podrà posar-los a la disposició de l'Estat d'execució amb previ acord de les parts.

A continuació es detallen les normes concretes per les quals es regirà la compareixença per videoconferència o altres mitjans de transmissió audiovisual. La compareixença es realitzarà a l'Estat d'execució, territori en el qual es troba el pèrit, testimoni o fins i tot investigat o acusat. Partint d'aquesta premissa, en la declaració hi haurà un representant de l'autoritat competent de l'Estat d'execució, un intèrpret quan es precisi, l'autoritat de l'Estat executor també identificarà a la persona cridada a declarar i la última tasca que se li atribueix a aquesta autoritat és el respecte dels principis fonamentals del Dret de l'Estat d'execució. En relació amb l'intèrpret, l'article 24.5 d) estableix que l'Estat d'execució n'haurà de facilitar a la persona cridada a declarar quan es sol·liciti per part de l'Estat d'emissió o de la persona que hagi de ser escoltada.

En segon paràgraf de l'article 24.5.a) es planteja el supòsit d'incompliment dels principis fonamentals del Dret de l'Estat d'execució, si aquest cas concorre, s'encarrega a les autoritats competents de l'Estat executor a prendre les mesures necessàries per a garantir el compliment dels principis establerts en el seu ordenament jurídic intern. La present Directiva no esmenta quines mesures s'hauran d'aplicar en cas de produir-se aquesta vulneració dels principis, deixa a la potestat dels Estats membres adoptar aquelles mesures que els semblin més idònies per la consecució d'un dels objectius que es cita i protegeix el present article, concretament el compliment dels Dret fonamentals de l'Estat executor on es produeix la declaració per videoconferència.

A l'apartat 5 b) de l'article 24 es fixa que les parts, és a dir les autoritats competents de l'Estat d'emissió i les de l'Estat d'execució, pactaran mesures de protecció de la persona declarant, quan aquestes siguin necessàries. El rellevant del cas concret és que les mesures de protecció per la persona que ha de ser escoltada no es podran adoptar de forma unilateral per part d'un Estat, sinó que com expressa la present Directiva *convindran*, per tant, es desprèn del propi text la necessitat de col·laboració i cooperació en aquest aspecte de protecció a la persona.

Tot seguit, es dóna la possibilitat de realitzar la compareixença davant l'autoritat competent de l'Estat d'emissió directament o bé sota la seva direcció, en aquests dos supòsits regirà l'ordenament jurídic d'aquest Estat, article 24.5 c).

L'article 24.5 e) s'ha de relacionar amb l'article 24.3 b) ja que ambdós descriuen drets processals que ostenten els investigats o acusats, el primer precepte mencionat també fa referència als testimonis i pèrits. Entrant al detall de l'article 24.5 de la present Directiva l'obligatorietat d'informar als investigats i acusats prèviament a la seva compareixença o declaració els drets dels quals són titulars, segons el Dret de l'Estat d'execució i de l'Estat d'emissió. Pel que fa als testimonis i pèrits també se'ls haurà d'informar dels drets que els pertanyen per la seva condició abans de realitzar la compareixença, en aquesta cas també podran al·legar el dret a no declarar, ja sigui segons el Dret d'execució o d'emissió; per aquests subjectes també es preveuen causes d'exempció de prestació de testimoni. Una vertadera protecció dels drets i les garanties dels imputats o acusats en un procés penal és un repte per la Unió Europea, ja que és essencial pel manteniment de la mútua confiança entre els Estats membres i la confiança a nivell pública cap a l'Espai de Llibertat Seguretat i Justícia regulat a l'article 67 TFUE⁴⁶.

El fet de trobar-se la persona citada a declarar en un lloc diferent on teòricament i normalment s'hauria de desenvolupar aquesta compareixença i en conseqüència trobant-se totes les persones implicades en una mateixa sala judicial, no permet a l'imputat, acusat, pèrit o testimoni tenir un ple coneixement dels esdeveniments que succeeixen i del comportament dels protagonistes, ambdues de les condicions són essencials per assegurar una plena comprensió de la dinàmica del procés i l'elecció de l'estratègia de defensa més adequada. Per tant, el declarant continuarà tenint un incomplet coneixement dels documents judicials i una fragmentària visió del debat⁴⁷.

Una vegada s'hagi arribat a la fi de la compareixença, l'autoritat d'execució aixecarà acta, indicarà la data i el lloc en el qual s'ha desenvolupat la compareixença, la identitat de la persona escoltada, la identitat i les funcions de les persones que hagi participat en l'acte pertanyents a l'Estat d'execució, el jurament formulat i les condicions tècniques a les quals s'hagi sotmès la declaració. Tot aquest seguit d'actuacions es portaran a terme sens perjudici de les mesures de protecció de les persones acordades pels Estats participants en la compareixença. Finalment l'Estat d'execució haurà de remetre el document amb tota la informació assenyalada a l'autoritat d'emissió, article 24.6.

⁴⁶ Ibid p. 50.

⁴⁷ Ibid p. 50.

En el supòsit de que una persona hagi de ser escoltada es negui a prestar testimoni tenint-la l'obligació de testificar, o presti falç testimoni, se li haurà d'aplicar el Dret intern de la mateixa manera que si la compareixença s'hagués celebrat dins d'un procediment nacional.

3.7.2.2 COMPAREIXENÇA PER TELÈFON

L'article 25 de la present Directiva és l'encarregat de regular la compareixença per conferència telefònica, aquest tipus de compareixença es portarà a terme quan la persona que interessi ser escoltada per part de l'Estat d'emissió es trobi en un altre Estat de la Unió Europea, així doncs es dóna la possibilitat d'emetre una OEI per a què l'acte de compareixença del testimoni o pèrit es realitzi per conferència telefònica, sempre i quan no sigui apropiat o possible que la persona que hagi de ser escoltada es pugui traslladar a un altre Estat membre. En conseqüència, tindrà prioritat la mesura d'investigació que comporti una compareixença física de la persona, per davant de la realitzada per mitjans telemàtics, com la videoconferència i el telèfon. A més a més, cal destacar que la compareixença per conferència telefònica es reserva als testimonis i pèrits, per tant es limita pel que fa als subjectes que hi poden ser sotmesos respecte la compareixença per videoconferència. El mateix article en el seu apartat segon fixa que s'aplicaran *mutatis mutandis* a la conferència telefònica els apartats 3,5,6 i 7 de l'article 24 de la present Directiva, excepte acord en sentit contrari. Per tant, novament la Directiva permet a les parts estipular una cosa diferent allò previst en aquesta.

3.7.3 INFORMACIÓ BANCÀRIA

3.7.3.1 COMPTES BANCARIS

La següent mesura d'investigació desenvolupada per la Directiva 2014/41/CE preveu la possibilitat d'obtenir informació sobre comptes bancaris i altres tipus de comptes financers. Mitjançant l'emissió d'una OEI es podrà conèixer si una persona física o jurídica és titular, posseeix el control i fins tot si ostenta poders de representació sobre un o més compte bancaris, i les dades dels comptes bancaris, en un banc situat a l'Estat d'execució. Sempre i quan la persona física o jurídica a la qual es pretén investigar és objecte d'un procediment penal. El mateix precepte en el seu segon apartat determina que serà cada Estat membre el que decidirà quines mesures són necessàries i per tant, s'adopten per a la consecució de la informació requerida mitjançant l'execució de l'OEI. Una vegada més la Directiva no estableix els

procediments concrets ni les mesures específiques que cal seguir per a l'obtenció en aquest cas d'informacions bancàries.

En quant a l'obligació per part de les entitats bancàries de facilitar la informació requerida mitjançant l'OEI a l'Estat d'execució només concorrerà quan la informació es trobi en poder del banc en el qual es tingui el compte bancari.

L'apartat 5 del mateix article 26 detalla el contingut que haurà de tenir l'OEI, així doncs en aquesta s'hauran d'indicar els motius pels quals es considera fonamental la informació que es pretén obtenir pel procediment penal, les raons per les quals es suposa que el compte bancari es troba dins del territori de l'Estat d'execució, i quan l'Estat d'emissió disposi d'aquesta informació també inclourà a l'OEI de quin banc o bancs es tracta. A més a més, també s'hi haurà d'incloure qualsevol tipus d'informació que pugui facilitar l'execució de l'OEI i conseqüentment l'obtenció de la informació requerida.

. L'article 26 conclou amb el seu apartat 6 preveient la possibilitat de determinar la titularitat o control per part de persones físiques o jurídiques sobre comptes en entitat financeres diferents d'un banc mitjançant la sol·licitud d'una OEI a l'Estat d'execució. En aquests supòsits s'aplicarà *mutatis mutandis* els apartats de 3 a 5 del present article 26. Pels motius de denegació del reconeixement i de l'execució s'aplicarà l'article 11 de la Directiva 2014/41/CE i també hi podrà haver negativa quan no s'autoritzi la mesura d'investigació en un cas intern similar.

3.7.3.2 OPERACIONS BANCÀRIES

L'anterior precepte feia referència a la informació sobre comptes bancaris i aquest, regula l'obtenció d'informació sobre operacions bancàries i altres tipus d'operacions financeres. Així doncs, es disposa que es podran emetre OEI per aconseguir informació sobre comptes bancaris específics, i també sobre operacions bancàries que s'hagin efectuat o s'efectuïn sobre aquest en un termini determinat fixat en la mateixa OEI. Per a poder obtenir aquesta informació cal indicar els comptes bancaris dels quals es pretén extreure tal informació a l'OEI emesa incloent les dades de tot compte remitent o receptor de les operacions. Per a poder proporcionar tal informació requerida per l'OEI cada Estat membre decidirà quines mesures són les adequades per a complir amb l'encàrrec que li ha estat efectuat, és a dir els Estats de la Unió tenen llibertat per a decidir quines mesures s'adoptaran per a poder obtenir la informació que els hi ha estat requerida amb la única limitació, de que les mesures que s'executin no siguin contràries a les condicions establertes a l'article 27. En última instància qui realment ha de proporcionar la

informació és l'entitat bancària a la qual pertany el compte del qual es vol aconseguir tal informació, i l'entitat només tindrà l'obligació de facilitar les dades d'interès si la informació es troba en poder del banc en el qual es tingui el compte.

El mateix article en el seu apartat 4 es disposa que l'autoritat emissora de l'OEI haurà de justificar anomenant les raons per les quals creu que la informació que obtingui amb l'execució de les mesures requerides és necessària pel procediment penal en curs.

En aquest cas el precepte finalitza de la mateixa manera que l'anterior, fixant la possibilitat d'emetre una OEI per a operacions financeres realitzades per entitats financeres no bancàries. S'aplicaran en aquests supòsits els apartats 3 i 4 del present article mutatis mutandis.

En quant a la denegació del reconeixement i de l'execució de la mesura d'investigació en serà d'aplicació l'article 11 de la present Directiva, i a més a més, també es possibilita denegar la mesura d'investigació quan en un supòsit intern similar també es rebutgés.

3.7.4 OBTENCIÓ DE PROVES EN TEMPS REAL, DE MANERA CONTÍNUA I DURANT UN DETERMINAT PERÍODE DE TEMPS

Respecte a les mesures d'investigació que impliquin l'obtenció de proves en temps real, de manera continuada i durant un determinat període de temps es contemplen a l'article 28 de la Directiva 2014/41/CE, quan s'emeti una OEI per la consecució d'aquestes mesures d'investigació mencionades, l'article preveu dos exemples, el primer és el seguiment d'operacions bancàries o altres operacions financeres efectuades a través d'un o més comptes específics; i la segona, una entrega vigilada en el territori de l'Estat d'execució. Ara bé, com s'ha esmentat es tracta de dos exemples, per tant, la present Directiva no impedeix que es puguin executar mesures d'investigació d'aquesta modalitat per a l'obtenció d'informació utilitzant mètodes diferents als exemplificats.

Pel que fa a la negativa del reconeixement i de l'execució es regirà per l'article 11, a més a més, també es contempla que no s'executarà la mesura quan en els supòsits interns similars tampoc s'autoritzi.

Els Estats d'emissió i d'execució seran els encarregats d'acordar entre ells les disposicions pràctiques sobre mesures d'investigació com la prevista a l'apartat 1 b), és a dir, una entrega vigilada en el territori de l'Estat d'execució, i en qualsevol altre cas que es consideri necessari; aquests altres casos seran els propis Estats altra vegada que els hauran de qualificar com a

necessaris. L'autoritat d'emissió de l'OEI té l'obligació de senyalar els motius pels quals es sol·licita la mesura d'investigació i la rellevància de la informació que s'obtindrà de l'execució d'aquesta mesura en el procediment penal en qüestió. Els subjectes que ostentaran la competència per actuar, dirigir i controlar les operacions relacionades amb l'execució de l'OEI seran les autoritats competents de l'Estat d'execució, regint així el principi de mutu reconeixement de la prova reconegut en la present Directiva.

3.7.5 INVESTIGACIONS ENCOBERTES

L'article 29 de la Directiva 2014/41/CE es regulen les investigacions encobertes. En el primer apartat de l'article mencionat es fa una breu exposició explicant en què consisteixen aquestes mesures d'investigació. La present Directiva fixa que es podrà emetre una OEI quan l'Estat d'emissió estigui portant a terme una investigació d'activitats delictives que pel seu èxit es necessiti la intervenció d'infiltrats o persones amb una identitat falsa; quan això sigui així, es podrà sol·licitar la col·laboració de l'Estat d'execució per a l'execució de les mesures d'investigació citades. En l'elaboració de l'OEI l'autoritat d'emissió mencionarà les raons que justifiquen el requeriment de les mesures d'investigació en el marc del procediment penal pel qual es sol·liciten. Pel que fa al reconeixement i l'execució d'una OEI que el seu contingut sigui el del present article, es decidirà per part de les autoritat competents de l'Estat d'execució tenint en compte el seu Dret intern i els seus procediments nacionals. A banda d'aquesta potestat delegada a l'Estat d'execució també seran motius de denegació del reconeixement i de l'execució establerts a l'article 11 de la present Directiva. A més a més, l'apartat 3 del present article preveu dos supòsits de denegació concrets per aquest tipus de mesura d'investigació que són la realització d'investigacions encobertes no estiguessin autoritzades en casos interns similars; i quan l'Estat d'emissió i el d'execució no hagin pogut arribar a un acord sobre les disposicions relatives a les investigacions encobertes.

Els procediments i el Dret al qual s'hauran de sotmetre les investigacions encobertes seran el de l'Estat en el qual es realitzin aquestes investigacions, és a dir, serà l'Estat d'execució. La direcció i el control de les operacions relacionades amb les mesures d'investigació que es regulen en el present precepte seran competència de l'Estat d'execució. En quant a la durada, les condicions concretes i el règim jurídic dels agents participants en les actuacions ho pactaran els Estats d'execució i d'emissió, tenint en compte les seves respectives legislacions nacionals i procediments interns.

3.8 INTERVENCIÓ DE TELECOMUNICACIONS

3.8.1 INTERVENCIÓ DE TELECOMUNICACIONS AMB L'ASSISTÈNCIA D'UN ALTRE ESTAT MEMBRE

El primer article del Capítol V de la Directiva 2014/41/CE s'hi preveu la intervenció de telecomunicacions amb l'assistència tècnica d'un altre Estat membre, per tant, la present Directiva contempla la possibilitat d'emissió d'una OEI quan es precisi assistència tècnica. En el supòsit que hi hagi una pluralitat d'Estats de la Unió Europea que puguin proporcionar aquest tipus d'assistència per a la mateixa intervenció de telecomunicacions només es podrà emetre l'OEI a un dels Estats, tenint prioritat en el qual es trobi o es pugui trobar la persona que sigui objecte dels procediments penals.

L'apartat 3 del present article 30 fixa la informació que s'haurà d'incloure a l'OEI, el seu contingut no és molt exigent, simplement es demana que es detalli la informació necessària per a identificar a la persona objecte de la intervenció; la durada desitjada de la intervenció; i les dades tècniques suficients per a poder garantir que es pugui executar la mesura d'investigació requerida, en concret l'identificador de la persona. A més a més, a l'OEI la mateixa autoritat d'emissió haurà de justificar els motius que la porten a sol·licitar la mesura d'investigació requerida.

Respecte els motius de denegació del reconeixement o de l'execució de la mesura requerida en serà d'aplicació l'article 11 de la present Directiva, també seran causa de denegació quan la mesura sol·licitada no s'acceptés en un cas intern similar. També se li permet a l'Estat executor decidir en base les normes que regirien en un cas intern similar.

L'OEI que contingui el requeriment d'intervenció de telecomunicacions amb l'assistència tècnica d'un altre Estat membre la pròpia Directiva planteja dues possibilitat d'execució de la mesura d'investigació mencionada, la transmissió immediata de les telecomunicacions a l'Estat d'emissió; o la intervenció, el registre i la posterior transmissió del resultat de la intervenció de les telecomunicacions a l'Estat emissor de l'OEI. La Directiva 2014/41/CE possibilita dues formes d'execució, com ja s'ha mencionat, tanmateix, l'aplicació d'una o altra restarà a l'acord entre l'autoritat d'emissió i l'autoritat d'execució mitjançant consultes entre ambdós, article 30.6 de la present Directiva.

Quan s'emeti una OEI requerint la mesura d'investigació sobre la qual versa el present article 30 l'autoritat d'emissió podrà demanar una transcripció, descodificació o descriptat del

registre, sempre que es compleixin dos requisits, l'existència de motius particulars per a fer-ho i s'hagi arribat a un acord amb l'autoritat d'execució.

Per últim, a l'article 30.8 de la present Directiva es determina que els costos derivats de l'OEI s'assumiran d'acord amb l'article 21, menys els que siguin causats per la transcripció, la descodificació i el descriptat de les comunicacions intervingudes, que seran liquidats per l'Estat d'emissió.

La segona i darrera intervenció de telecomunicacions es regula a l'article 31 de la Directiva 2014/41/CE és la notificació a l'Estat membre en el qual es trobi la persona que és objecte dels procediments penals i l'assistència tècnica no sigui necessària, això consisteix en què l'autoritat competent d'un Estat de la Unió Europea autoritzi la intervenció de telecomunicacions a un altre Estat membre i s'utilitzi la direcció de comunicacions de la persona objecte dels procediments penals, del qual no es precisi la seva intervenció. L'Estat que porta a terme la intervenció haurà de notificar a l'autoritat competent de l'Estat notificat la intervenció efectuada. Es preveuen dos supòsits en el mateix apartat primer; el primer serà abans de la intervenció, supòsits en els qual l'Estat membre que realitza la intervenció ja estigui informat quan ordeni la intervenció, de que la persona objecte dels procediments penals es troba o es trobarà en el territori de l'Estat notificat; el segon supòsit, serà durant la intervenció o després d'aquesta, just després de saber que la persona objecte dels procediments penals d'intervenció es troba o s'ha trobat durant la intervenció, en el territori de l'Estat membre notificat.

3.8.2 NOTIFICACIÓ

La notificació prevista a l'apartat 1 del present article 31 s'ha de portar a terme mitjançant l'annex C. Aquest cas en serà d'aplicació *mutatis mutandis* l'article 5.2 de la present Directiva.

Quan la intervenció no s'autoritzi en un cas intern similar, l'autoritat competent de l'Estat membre notificat haurà de notificar a l'Estat membre que realitza la intervenció en un termini màxim de 96 hores des de la recepció de la notificació. Se li haurà de manifestar a l'Estat membre que pretén realitzar la intervenció, que no es podrà efectuar la intervenció o que es posarà fi a la mateixa; i quan així fos, que no es podrà utilitzar el material intervingut mentre la persona objecte de la intervenció es trobava en el seu territori, o bé que es podrà utilitzar segons les condicions que es fixin. L'Estat membre notificat haurà de posar al corrent a l'autoritat competent de l'Estat membre que realitza la intervenció dels motius de les condicions fixades, article 31.3 de la present Directiva.

3.9 MESURES CAUTELARS

L'article 32 de la Directiva 2014/41/CE és l'encarregat de desenvolupar les mesures cautelars. Es contempla la possibilitat de requerir l'adopció d'una mesura d'investigació destinada a impedir la destrucció, la transformació, el desplaçament, la transferència o l'alienació d'un objecte que es pogués utilitzar com a prova mitjançant l'emissió d'una OEI per part de l'Estat emissor. En realitat aquest apartat fa referència a mesures destinades a la protecció o assegurament de la prova, més que a mesures d'obtenció de prova. L'utilització del terme *mesures cautelars* per part de la present Directiva és a causa de la traducció literal de l'anglès per a un terme més genèric (provisional measures).

L'autoritat receptora i per tant executora de l'OEI serà qui decidirà i comunicarà la decisió sobre la mesura cautelar en el termini de 24 hores des de la recepció de l'OEI, sempre que sigui possible, en conseqüència el període de temps fixat per a la resposta és fonamentalment orientador.

En la mateixa emissió de l'OEI que requereix una mesura cautelar l'Estat emissor ha d'informar si la prova s'ha de traslladar a l'Estat emissor o bé pot restar a l'Estat d'execució; en conseqüència és l'Estat emissor el que decideix on s'haurà de conservar la prova necessària pel procediment penal en curs. Però, a l'autoritat d'execució se li confereix la potestat de reconèixer i d'executar aquest tipus d'OEI i quan s'acordi la transferència de la prova es portarà a terme seguint els procediments previstos a la present Directiva. En el supòsit que l'Estat emissor decideixi que la prova s'ha de quedar a l'Estat d'execució, l'autoritat d'emissió escollirà la data d'aixecament de la mesura cautelar sent ella qui l'ha sol·licitat, o la data estimada de presentació de la sol·licitud de que la prova sigui traslladada a l'Estat d'emissió.

Finalment, es contempla la possibilitat amb prèvia consulta a l'autoritat emissora, l'autoritat d'execució podrà imposar condicions, tenint en compte el procediment penal en qüestió, la durada del termini d'aplicació de la mesura cautelar, segons el Dret i els procediments interns de l'Estat d'execució. Quan l'autoritat d'execució decidís deixar sense efecte la mesura cautelar ho haurà de posar de manifest a l'autoritat d'emissió i se li donarà la possibilitat de presentar al·legacions. Tanmateix, l'autoritat d'emissió notificarà immediatament a l'autoritat d'execució l'aixecament de les mesures provisionals a què es refereix l'apartat 1 del present article 32.

4 LA TRANSPOSICIÓ DE LA DIRECTIVA 2014/41/CE PER PART DE L'ESTAT ESPANYOL: L'EXHORT EUROPEU D'OBTENCIÓ DE PROVES DE LA LLEI 23/2014, DE 20 DE NOVEMBRE, DE RECONeixEMENT MUTU DE RESOLUCIONS PENALS A LA UNIÓ EUROPEA

La transposició de la Directiva 2014/41/CE per part de l'Estat espanyol s'ha efectuat mitjançant la Llei 23/2014, de 20 de novembre, de reconeixement mutu de resolucions penals a la Unió Europea.

El passat 21 de novembre del 2014 es va publicar el resultat de la mencionada transposició al Butlletí Oficial de l'Estat corresponent. La integració de la present Directiva a l'ordenament jurídic espanyol rep el nom d'Exhort Europeu d'Obtenció de Proves, es desenvolupa en el Títol X de l'esmentada llei i està configurada per un total de tres Capítols i quinze articles.

En el precepte 186 de l'Exhort Europeu d'Obtenció de Proves realitza una definició del mecanisme reproduint allò establert als article 1 i 4 b) de la Directiva 2014/41/CE; és a dir, es cita el caràcter de resolució judicial per part d'una autoritat d'un Estat de la Unió Europea per aconseguir objectes, documents i dades a un altre Estat de la Unió pel seu ús en un procés penal. A l'apartat 2 del mateix article 186 es contempla la possibilitat de sol·licitar una prova en el marc d'infraccions administratives quan la decisió pugui donar lloc a un procés de caràcter penal.

A continuació es fa referència a l'àmbit d'aplicació, en el primer punt de l'article 187 torna a esmentar l'article 1 de la present Directiva objecte d'anàlisi, tal precepte 187.1 esmenta que mitjançant l'exhort es podran sol·licitar objectes, documents o dades, degudament identificades, que siguin necessàries i, també es contempla la possibilitat de sol·licitar proves que ja es trobin sota el poder i possessió de l'Estat d'execució, en aquest sentit cap la possibilitat d'utilitzar proves que es descobreixin durant l'execució. En el següent apartat es configura un llistat d'actuacions que no es podran sol·licitar a l'Estat d'execució mitjançant exhort quan les proves resultants ja es trobin en el seu poder. Totes aquestes mesures d'investigació no es podran emetre excepte en els casos en què la petició fos possible, així doncs, la Llei 23/2014, de 20 de novembre, de reconeixement mutu de resolucions penals a la Unió Europea, deixa certa discrecionalitat i posterior anàlisi de la viabilitat de sol·licitar determinats tipus d'exhorts. A la llista efectuada hi consten les següents activitats: *a) mantenir entrevistes, prendre decisions o inici d'interrogatoris amb sospitosos, testimonis, experts o qualsevol altra persona. No obstant, l'autoritat judicial espanyol podrà sol·licitar la presa de declaracions, d'acord amb el dret de*

l'Estat d'execució, a aquelles persones que estiguessin presents durant l'execució de l'exhort i estiguessin directament relacionades amb l'assumpte al qual es refereix; b) portar a terme registres corporals o obtenir directament del cos de qualsevol persona materials orgànics o dades biomètriques, com poguessin ser mostres d'ADN o impressions dactilars; c) obtenir informació en temps real mitjançant intervenció de comunicacions, vigilància o control de comptes bancaris; d) anàlisi d'objectes, documents o dades existents; e) obtenir comunicacions retinguts per proveïdors d'un servei de comunicacions electròniques accessible al públic o d'una ret de comunicacions pública.

Per concloure l'article 187 en el seu tercer apartat la Llei espanyola introdueix l'especificitat no inclosa a la Directiva 2014/41/CE que els antecedents penals quedaran exclosos de la sol·licitud de prova mitjançant exhort europeu, tenint un règim específic de transmissió.

A Espanya es reconeixen com a autoritats d'emissió d'un exhort europeu els Jutges o Tribunals que siguin competents dels procés penal principal i els Fiscals que dirigeixin diligències d'investigació. En quant a la capacitat per a reconèixer i executar l'exhort europeu ho podrà fer el Ministeri Fiscal quan es tracti de mesures d'investigació que no tingui caràcter ni contingut limitatiu de drets fonamentals. En el supòsit que el Ministeri Fiscal cregui que s'ha de denegar el reconeixement o l'execució de l'exhort el Jutge d'Instrucció del lloc on es trobi la prova el que tindrà la última paraula. Quan es produís un canvi d'ubicació sobtat de la prova no comportarà automàticament la pèrdua de competència per part del Fiscal ni del Jutge d'Instrucció. Finalment, si en l'emissió de l'exhort existís una relació de diferents elements configuradors de la prova penal i tals elements es trobessin en diferents circumscripcions judicials el Fiscal o el Jutge d'Instrucció que primer ho rebí i en la seva circumscripció hi hagués almenys un dels elements de la prova ostentarà la competència per a conèixer de la resta d'objectes, documents o dades.

El Capítol II de la Llei 23/2014, de 20 de novembre, de reconeixement mutu de resolucions penals a la Unió Europea s'inicia amb l'article 189 on es configura l'emissió i la transmissió de l'exhort europeu d'obtenció de proves. La legislació espanyola ha optat per establir una enumeració de requisits i amb el compliment de tots ells es podrà emetre la sol·licitud de la prova penal. En el primer apartat de l'article mencionat al llarg de les lletres a) – e) es fixen les condicions exigides que són les següents: *a) que els objectes, documents o dades estiguin suficientment identificats; b) que consti indiciàriament en el procediment penal o en les diligències d'investigació que l'objecte, document o dada que es persegueix obtenir es trobi a un altre Estat membre o, tractant-se de dades electròniques, que són directament accessibles des del mateix conforme a la seva legislació; c) que els objectes, documents o dades siguin*

necessaris pel procediment; d) que resulti proporcionat sol·licitar tals objectes, documents o dades pel procediments; e) que conforme amb la legislació espanyola, en un cas nacional equivalent, el Jutge, el Tribunal o, en el seu cas, el Fiscal si fos l'emissor de l'exhort, pogués acordar l'obtenció de l'objecte, document o dada si estigués disponible a Espanya. Els apartats c) i d) són extrets de l'article 6.1 a) de la Directiva sent la necessitat i la proporcionalitat condicions bàsiques i essencials per a possibilitar l'emissió de l'exhort; amb la falta de concurrència d'aquests elements no es podria emetre un exhort o una OEI. L'apartat e) de l'article 189 introdueix l'article 6.1 b) de la Directiva 2014/41/CE.

Continuant amb l'article 189.2 de la Llei determina que si es compleixen els requisits analitzats de l'apartat anterior i, a més a més, l'autoritat competent espanyola tingui per cert que els elements de la prova penal es troben en un altre Estat de la Unió Europea o que tractant-se de dades electròniques siguin accessibles directament segons la seva legislació, es portarà a terme l'emissió de l'exhort. Aquest apartat introdueix un aspecte innovador al mencionar les dades electròniques accessibles directament respecte la present Directiva.

El següent precepte objecte d'anàlisi és el 190 on s'especifica la documentació que haurà de contenir l'exhort europeu. Seguint de model la Directiva 2014/41/CE concretament el seu article 8 per a l'emissió de l'exhort s'haurà de complimentar un únic document amb aspecte de formulari cap a l'Estat d'execució. En el certificat hi haurà de constar expressament si completa un exhort anterior (article 8 Directiva 2014/41/CE) o si és constitutiu d'una resolució d'embargament preventiu de béns o d'assegurament de proves. Finalment en el tercer paràgraf del mateix article 190 es fa esment als terminis establerts a l'article 12 de la Directiva 2014/41/CE. En aquest cas a la Llei 23/2014, de 20 de novembre, de reconeixement mutu de resolucions penals a la Unió Europea, fa referència als terminis de forma molt més breu i menys detallada només ressaltant la possibilitat de circumstàncies particularment urgents comportant la reducció dels terminis processals previstos.

A continuació s'especifica el procediment per a la transmissió de l'exhort europeu a l'article 191 de la Llei 23/2014 de 20 de novembre. Com ja es contempla a la Directiva 2014/41/CE l'emissió de l'exhort europeu es podrà sol·licitar tal emissió d'ofici o bé a instància de part. Quan l'articulat espanyol utilitza el terme a instància de part la present Directiva en el seu art 1.3 concreta l'opció de sol·licitar l'emissió d'una OEI per part d'una persona sospitosa o acusada, o bé per un advocat en el seu nom. D'aquesta forma s'introdueix un element configurador del dret de defensa titularitat dels ciutadans de la Unió Europea.

A l'article 191.3 de la Llei 23/2014 de 20 de novembre es determina que si fos necessari per a la validesa com a prova penal de l'objecte, document o dada que es pretén obtenir a un altre Estat de la Unió Europea s'hauran de fer constar les formalitats o els procediments que la seva vulneració afectés a les garanties essencials del procediment per afectar a drets fonamentals específics al formulari d'emissió sol·licitant la prova penal. Aquesta concreció és interessant perquè posa de relleu dos elements ja destacats com són la manca d'unificació d'unes garanties mínimes comunes a l'àmbit europeu per una vàlida lliure circulació de la prova i, la manca d'execució pràctica del principi de mutu reconeixement de la prova, prevalent en última instància la legislació de l'Estat requerent per sobre de la legislació de l'Estat requerit.

Tot seguit es cita el funcionament de la transmissió de l'exhort europeu preveient la possibilitat de transmetre's a tots els Estats de la Unió Europea dels quals es tinguin indicis raonables que la prova sol·licitada es troba en el seu territori. La segona opció que confereix el mateix article és la transmissió directe de l'Estat emissor cap a l'Estat d'execució, quan una autoritat competent de l'Estat d'emissió participi en l'execució de la prova, d'un exhort que en completi un d'anterior, article 192 de la Llei 23/2014 de 20 de novembre.

Pel que fa als recursos interposats a l'Estat d'execució l'article 193 regula que si l'autoritat d'execució interès la interposició d'al·legacions per part de l'Estat d'emissió (en aquest cas Espanya) durant el procediment de recurs contra una resolució que s'hagués dictat a l'Estat d'execució, l'autoritat d'emissió, un cop escoltades les parts, emetrà al·legacions en el termini de cinc dies des de que el trasllat li hagués estat efectuat.

L'últim article que forma part del Capítol II de la Llei 23/2014 de 20 de novembre és el precepte 194 el qual va dirigit a la utilització de dades personals a Espanya obtingudes per l'execució de l'exhort en un altre Estat membre. El paral·lelisme d'aquest article respecte a la Directiva 2014/41/CE serien els article 19 i 20⁴⁸, contempen la confidencialitat i la protecció de

⁴⁸ Article 19 Directiva 2014/41/CE: 1. *Cada Estat membre adoptarà les mesures necessàries per a garantir que les autoritats d'emissió i d'execució tinguin en el degut compte, en l'execució d'una OEI, la confidencialitat de la investigació.* 2. *L'autoritat d'execució garantirà, d'acord amb el seu propi Dret intern, la confidencialitat dels fets i el fons de l'OEI, excepte en el grau en què sigui necessari executar la mesura d'investigació. Si l'autoritat d'execució no pot respectar el requisit de confidencialitat, ho notificarà sense demora a l'autoritat d'emissió. L'autoritat d'emissió, d'acord amb el seu propi Dret intern, i a menys que l'autoritat d'execució hagi indicat una altra cosa, no revelaran cap prova o informació facilitades per l'autoritat d'execució, excepte en la mesura en què la seva revelació sigui necessària per a les investigacions o procediments descrits a l'OEI.* 4. *Cada Estat membre adoptarà les mesures necessàries per a garantir que els bancs no revelin al client bancari interessat ni a altres tercers el fet de què s'ha transmès informació a l'Estat d'emissió en virtut dels articles 26, 27, o de que s'està portant a terme una investigació.* Article 20 Directiva 2014/41/CE: *A l'aplicar la present Directiva, els Estats membres vetllaran per a què les dades personals estiguin protegides i només puguin tractar-se d'acord amb la Decisió Marc 2008/977/JAI del Consell i d'acord amb els principis del Conveni del*

dades respectivament. Pel que fa a la normativa espanyola contempla que les dades personals obtingudes a conseqüència de l'execució d'un exhort es podran utilitzar en el marc del procés pel qual s'ha executat la mesura d'investigació, processos en les quals existeixi una relació directa, i excepcionalment per a prevenir una amenaça immediata i greu per a la seguretat pública.

El Capítol III s'anomena l'Execució d'un exhort europeu d'obtenció de proves, el primer article del mencionat Capítol II és el 195 on s'hi estableix l'execució a Espanya d'un exhort europeu. Com a regla general, en el reconeixement i l'execució d'un exhort europeu no hi haurà una verificació de la doble tipificació, reservant-se aquesta mesura quan la legislació espanyola ho estableixi com a necessari per a procedir a realitzar un registre o confiscació per a l'obtenció d'objectes, documents o dades que es pretenguin obtenir; el seu paral·lelisme a la Directiva es troba a l'article 11.1 g). Quan es precisés d'un registre o confiscació per a executar l'exhort no estaran sotmesos al control de doble tipificació els delictes enumerats a l'article 20.1⁴⁹ de la Llei 23/2013 de 20 de novembre, sempre i quan es prevegin penes privatives de llibertat amb una durada mínima de 3 anys a l'Estat d'emissió. El darrer apartat de l'article 195 estableix que si l'exhort es pogués executar a través de diferents mitjans, s'escollirà el menys restrictiu de la llibertat individual, en el mateix sentit ho preveu l'article 10.3 Directiva 2014/41/CE.

El precepte 196 de la Llei 23/2014 de 20 de novembre determina el procediment per al reconeixement i l'execució de l'exhort europeu. És un article fonamentalment de caràcter processal on s'hi fixen els diferents passos. El Fiscal o el Jutge d'Instrucció competents de la tramitació de l'exhort europeu dictaran decret o providència, respectivament, reconeixent si

Consell d'Europa, de 28 de gener de 1981, per a la protecció de les persones amb respecte al tractament automatitzat de dades de caràcter personal i el seu Protocol addicional.

⁴⁹ Article 20.1 Llei 23/2014 de 20 de novembre, de reconeixement mutu de resolucions penals a la Unió Europea: *1. Quan una ordre o resolució dictada en un altre Estat membre sigui transmesa a Espanya pel seu reconeixement i execució, aquests instruments no estaran subjectes al control de la doble tipificació pel Jutge o Tribunal espanyol, en la mesura en què es refereixi a algun dels delictes enumerats a continuació i es compleixin les condicions exigides per la Llei per a cada tipus d'instrument de reconeixement mutu. Els delictes són els següents: Pertanyent-se a una organització delictiva. Terrorisme. Tracta d'éssers humans. Explotació sexual de menors i pornografia infantil. Tràfic il·lícit de drogues i substàncies psicotròpiques. Tràfic d'armes, municions i explosius. Corrupció. Fraus, inclòs el que afecti als interessos financers de les Comunitats Europees. Blanqueig dels productes del delictes. Falsificació de moneda- delictes informàtics. Delictes contra el medi ambient, inclòs el tràfic il·lícit d'espècies animals protegides i d'espècies i varietats vegetals protegides. Ajudes a l'entrada i residència en situació il·legal. Homicidi voluntari i agressió amb lesions greus. Tràfic il·lícit d'òrgans i teixits humans. Segrest, detenció il·legal i presa d'ostatges. Racisme i xenofòbia. Robatoris organitzats o a mà armada. Tràfic il·lícit de béns culturals, incloses les antiguitat i les obres d'art. Estafa. Xantatge i extorsió de fons. Violació de drets de propietat intel·lectual o industrial i falsificació de mercaderies. Falsificació de documents administratius i tràfic de documents falsos. Falsificació de mitjans de pagament. Tràfic il·lícit de substàncies hormonals i altres factors de creixement. Tràfic il·lícit de matèries nuclears o radioactives. Tràfic de vehicles robats. Violació. Incendi provocat. Delictes inclosos a la jurisdicció de la Cort Penal Internacional. Segrest d'aeronaus i bucs. Sabotatge.*

concorren tots els requisits exigits legalment i si no s'aprecia cap causa de rebuig de l'ordre sol·licitada. En el mateix article es faculta al Fiscal o el Jutge d'Instrucció a emprendre noves mesures d'investigació no sol·licitades quan consideri que pugui resultar oportú, aquesta mateixa possibilitat es contempla també a la present Directiva, concretament a l'article 16.2 b). En el supòsit que l'Estat d'emissió participi en l'execució de la mesura d'investigació a l'Estat d'execució, en aquest cas Espanya, el Fiscal o el Jutge d'instrucció rebrà l'exhort perquè el pugui transmetre directament a l'autoritat d'emissió mentre romangui a Espanya i que completi l'anterior; novament aquest aspecte reproduceix l'article 8.2 de la Directiva 2014/41/CE.

L'article 197 de la Llei 23/2014 de 20 de novembre desenvolupa l'obtenció i el trasllat dels objectes, documents o dades obtinguts amb l'exhort europeu. El termini previst per a la presa de possessió de la mesura d'investigació per part de l'autoritat competent de l'Estat d'execució serà de seixanta dies des de la recepció de la mateixa. Hi ha dos supòsits que exceptuaran aquesta regla general, la concurrència d'algun dels motius de suspensió o bé raons d'urgència. En el segon punt de l'article s'especifica com a causes que impedeixen el trasllat immediat de la mesura d'investigació l'existència d'algun dels motius d'aplaçament o l'interposició d'un recurs contra el reconeixement i l'execució de l'exhort. Finalment l'article 197.2 preveu la necessitat d'indicar que la mesura d'investigació haurà de ser retornada a Espanya quan ja no la necessiti l'autoritat competent de l'Estat d'emissió.

Un altre aspecte destacable de la transposició espanyola de la present Directiva és l'article 198 on es desenvolupa la denegació del reconeixement i l'execució de l'exhort europeu. A l'article esmentat s'estableixen les causes de rebuig del reconeixement i l'execució de la mesura d'investigació en forma de llista, a part de contemplar-se com a tals els supòsits de l'article 32.1 de la Llei 23/2014 de 20 de novembre⁵⁰. La llista de causes de denegació de l'article 198 de la Llei 23/2014 de 20 de novembre són les següents: a) *Quan no sigui possible executar-ho mitjançant cap de les mesures previstes a la legislació nacional*, supòsit que també es preveu a

⁵⁰ Article 32.1 Llei 23/2014 de 20 de novembre de reconeixement mutu de resolucions penals a la Unió Europea: 1. *Les autoritats judicials espanyoles no reconeixeran ni executaran les ordres o resolucions transmeses en els supòsits regulats per a cada instrument transmeses en els supòsits regulats per a cada instrument de reconeixement mutu i, amb caràcter general, en els següents casos: a) Quan s'hagi dictat a Espanya o en un altre Estat diferent al d'emissió una resolució ferma, condemnatòria o absolutòria, contra la mateixa persona i respecte dels mateixos fets, i la seva execució vulnerés el principi non bis in idem en els termes previstos a les lleis i en els convenis i tractats internacionals en què Espanya sigui part i quan el condemnat hagués estat posteriorment indultat; b) Quan l'ordre o resolució es refereixi a fets per a què el seu enjudiciament siguin competents les autoritats espanyoles i, d'haver-se dictat la condemna per un òrgan jurisdiccional espanyol, la sanció imposada hagués prescrit conforme el Dret espanyol; Quan el formulari o el certificat que ha d'acompanyar a la sol·licitud d'adopció de les mesures estigui incomplet o sigui manifestament incorrecte o no respongui a la mesura, o quan falti el certificat, sense perjudici d'allò disposat a l'article 19; d) Quan existeixi una immunitat que impedeixi l'execució de la resolució.*

l'article 11.1 c) de la present Directiva; b) *quan tingui lloc el supòsit previst a l'article 196.4 i l'exhort no hagués estat validat per l'autoritat judicial competent; c) quan l'execució pogués lesionar interessos essencials de seguretat nacional, comprometre a la font d'informació o implicar la utilització d'informació classificada relacionada amb determinades activitats d'intel·ligència*, aquest punt manté forts paral·lelismes amb l'article 11.1 b) de la present Directiva; d) *Quan la resolució es refereixi a fets que s'hagi comès fora del territori de l'Estat d'emissió i el Dret espanyol no permeti la persecució de dites infraccions quan s'hagin comès fora del seu territori*. Una altra causa contemplada a l'article 198.2 concorrerà quan es tracti d'una mesura diferent a les mencionades a l'article 20.1 de la Llei 23/2014 de 20 de novembre i, a més a més, sigui necessari un registre o confiscació per a la seva execució. El termini que es confereix al Jutge Instructor a per dictar resolució denegatòria de la mesura d'investigació és de trenta dies, si hi hagués impossibilitat per a complir amb el termini fixat, es comunicaran les causes de l'endarreriment i el nou termini previst.

Per a concloure l'article 200 cita de forma clara i concreta les causes de suspensió de l'execució de l'exhort, contempla un total de quatre supòsits. El primer dels motius de suspensió es donarà quan el formulari estigui incomplet o manifestament incorrecte, fins que es completi o es corregeixi; el segon motiu és el previst a l'article 196.4⁵¹ l'exhort no ha estat validat, fins que no es produeixi tal validació; el tercer motiu és possible perjudici que pogués causar a una investigació o actuacions judicials penals en curs, fins el moment en què es consideri necessari; l'últim i quart motiu és la utilització dels objectes, documents o dades en altres procediments, fins que ja no es requereixin, també figura a l'article 15.1 b) de la present Directiva. Una vegada deixin de concorre les causes de suspensió de l'execució de la mesura d'investigació les autoritats competents, en aquest cas el Fiscal o el Jutge d'Instrucció, hauran d'adoptar les mesures necessàries per a l'execució de l'exhort, així com també informaran a l'Estat d'emissió, aclariment també adoptat per la Directiva al seu article 15.2.

⁵¹ Article 196.4 Llei 23/2014 de 20 de novembre de reconeixement mutu de resolucions penals a la Unió Europea: 4. *En cas de que l'autoritat d'emissió no fos un Fiscal, Jutge o Tribunal i l'exhort no hagués estat validat per cap de les autoritats mencionades de l'estat d'emissió, el Fiscal o el Jutge d'Instrucció competent portarà a terme les mesures de registre i confiscació necessàries, a menys que Espanya presenti a la Secretaria General del Consell de la Unió Europea declaració en la que exigeixi dita validació a efectes de l'execució de l'exhort.*

5 OBSERVACIONS CRÍTIQUES

5.1 PRINCIPI DE MUTU REONEIXEMENT DE LA PROVA

El principi de mutu reconeixement de la prova és el fonament sobre el qual es constitueix i gira la Directiva 2014/41/CE. En la pròpia exposició de motius la Directiva⁵² justifica l'establiment d'aquest mecanisme de cooperació en la necessitat de superar una regulació fragmentària i conseqüentment un funcionament ineficient dels sistemes d'assistència legal mútua. És precís analitzar de forma més profunda el principi de reconeixement mutu de la prova, sobre aquest hi ha extensa doctrina que n'ha escrit, a causa de la cabdal importància que posseeix.

En la mateixa exposició de motius en el punt 19 es fixa una definició i el funcionament d'aquest principi vinculat amb la present Directiva, La realització de l'Espai de Llibertat Seguretat i Justícia a la Unió es basa en la confiança mútua i en una presumpció de respecte, per part de la resta d'Estats membres, del Dret de la Unió i, en concret, dels Drets fonamentals. No obstant, es tracta d'una presumpció *iuris tantum*. Per tant, si existissin motius substancials per a creure que l'execució d'una mesura d'investigació indicada a l'OEI vulnerés un dret fonamental de l'interessat i que l'Estat d'execució ignorés les seves obligacions relatives a la protecció dels drets fonamentals reconeguts a la Carta, l'execució de l'OEI s'hauria de denegar.

BACHMAIER i ORMAZABAL orienten les seves pròpies definicions (tesis, argumentaris) partint de la idea del principi de reconeixement mutu basat en la confiança mútua dels Estats en els sistemes de justícia penal de la resta d'Estats membres⁵³, és a dir, diferents Estats cada un d'ells admet com a vàlides en els seus processos penals les proves produïdes en el territori de qualsevol altre Estat membre, sempre que es respectin les normes i per tant, siguin vàlides segons la legislació de l'Estat productor de la prova, comportant que la utilització de la prova a l'Estat requirint exigirà que es prescindeixi de condicionar l'admissió o la validesa de la prova en compliment dels requisits establerts en la seva pròpia legislació. És a dir, l'Estat requirint haurà d'admetre o reconèixer en el seu territori una prova produïda en un altre Estat en

⁵² 24 Exposició de motius Directiva 2014/41/CE OEI, p. 4: L'OEI estableix un únic règim per a l'obtenció de proves. No obstant, són necessàries normes addicionals per a determinats tipus de mesures d'investigació que s'han d'indicar a l'OEI, con el trasllat temporal de detinguts, les compareixences per telèfon o videoconferència, l'obtenció d'informació relacionada amb comptes o transaccions bancàries, les entregues vigilades o les investigacions encobertes. Les mesures d'investigació que impliquin l'obtenció de proves en temps real, de manera contínua o durant un determinat període de temps han d'estar cobertes per l'OEI, però quan sigui necessari els Estat d'emissió i d'execució han de poder acordar entre si disposicions practiques, amb el fi de donar lloc a les diferències existents entre els seus Drets interns.

⁵³ La propuesta de Directiva europea sobre la orden de investigación penal: valoración crítica de los motivos de denegación, Deloitte, febrero 2013, p. 46.

condicions o sobre pressupòsits que puguin ser contraris al seu propi Dret. E. MARTINEZ i GARCIA apunta que el mutu reconeixement és clau per a la confiança entre Estat i que ha d'ajudar a superar les diferències entre drets substantius, processals i fonamentals entre els Estats membres, es tractaria doncs, de substituir “l'assistència mútua” pel “reconeixement mutu” i això comporta indissociablement certa concessió de sobirania⁵⁴. El principi de mutu reconeixement es base en la confiança en els sistemes jurídics dels Estats socis de la Unió Europea i es sol generar per la proximitat de certs estàndards mínims entre els ordenaments jurídics que permetin equivalència de les resolucions de l'Estat veí⁵⁵.

En un altre sentit, quan en la pràctica de l'assistència judicial l'Estat requerit hagi d'obtenir la prova amb subjecció a les condicions, requisits o pressupòsits del Dret processal de l'Estat requerent, no es donarà una vertadera situació de reconeixement de proves, ja que les autoritats de l'Estat requerit hauran actuat com a auxiliars, agents o *longa manus* de l'Estat requerent. Aquest últim mode d'actuació s'anomena *forum regit actum*. En el cas anterior, quan per a l'obtenció de la prova es segueixen les normes de l'Estat requerit, s'utilitza l'expressió *locus regit actum*⁵⁶.

El procediment basat en el *forum regit actum*, en el supòsit en què per a la consecució de la prova en l'Estat requerit es porti a terme conforme les normes de l'Estat requerent, es preveu a l'article 4 del Conveni Europeu de 29 de maig de 2000, sobre assistència judicial en matèria penal entre els Estats membres de la Unió Europea⁵⁷.

⁵⁴ MARTINEZ, E., “La orden de investigación europea: Las futuras complejidades previsibles en la implementación de la Directiva en España (I)” *La Ley Penal*, 106, gener – febrer 2014, 114 – 126, p. 114.

⁵⁵ MARTINEZ, E., “La orden de investigación europea: Las futuras complejidades previsibles en la implementación de la Directiva en España (I)” *La Ley Penal*, 106, gener – febrer 2014, 114 – 126, p. 114.

⁵⁶ ORMAZABAL, G., *Espacio penal europeo y mutuo reconocimiento: Perspectiva alemana y española*. Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 53 i ss.

⁵⁷ Article 4 Conveni Europeu de 29 de maig de 2001, sobre assistència judicial en matèria penal entre els Estats membres de la Unió Europea: 1. En els casos en els que es concedeixi l'assistència judicial, l'Estat membre requerit observarà els tràmits i procediments indicats expressament per l'Estat membre requerent, menys a disposició contrària del present Conveni i sempre que dits tràmits i procediments no siguin contraris als principis fonamentals del ret de l'Estat membre requerit. 2. L'Estat membre requerit executarà la sol·licitud d'assistència quant abans tenint en compte en la mesura del possible els terminis procedimentals i d'altra índole que hagués indicat l'Estat membre requerent. L'Estat membre requerent explicarà les raons de dits terminis. 3. Si la sol·licitud no es pot executar, o no es pot executar en la seva totalitat segons els requisits de l'Estat membre requerent, les autoritats de l'Estat membre requerit informaran d'això sense demora a les autoritats de l'Estat membre requerent, indicant les condicions en què podria executar-se la sol·licitud. Les autoritats dels Estats membres requerent i requerit podran acordar posteriorment el curs que es donarà a la sol·licitud, condicionant-lo, en el seu cas, al compliment de les condicions citades. 4. Si es preveu que no es podrà complir el termini establert per l'Estat membre requerent per a l'execució de la sol·licitud, i quan les raons a les quals es refereix la segons frase de l'apartat 2 indiquen concretament que qualsevol retard suposarà un perjudici greu pels

Com ja s'ha citat la Directiva 2014/41/CE a la seva exposició de motius en el punt 19 estableix que la realització de l'espai de llibertat, seguretat i justícia de la Unió Europea es basarà en la confiança mútua, tal presumció tindrà caràcter *iuris tantum* i, actuaran com a límits de la confiança mútua els drets fonamentals reconeguts a la Carta. L'expressió confiança mútua s'ha d'interpretar com una forma de designar el principi de mutu reconeixement de la prova, ja que el funcionament pràctic d'ambdues denominacions és el mateix. El principi mencionat es reconeix com a eix fonamental sobre l'execució de l'Ordre Europea d'Investigació a l'article 1.2 de la present Directiva *Els Estats membres executaran una OEI sobre la base del principi de reconeixement mutu i de conformitat amb la present Directiva*. Com ja s'ha esmentat, a l'exposició de motius s'atribueix com a límit a la confiança mútua del Estats membres els drets fonamentals previstos a la Carta, a l'article 1.4 de la present Directiva es cita l'article 6 del TUE. En aquest punt és on s'estableix la teorització del funcionament de la Directiva 2014/41/CE, no obstant si es continua analitzant la resta de preceptes que tinguin incidència amb el principi establert com a base per l'execució de l'OEI no tot segueixen la mateixa dinàmica. L'article 6.1 regula que *L'autoritat d'emissió únicament podrà emetre una OEI quan: a) l'emissió de l'OEI sigui necessària i proporcional als fins als quals es refereix l'article 4 tenint en compte els drets del sospitós o acusat, i b) la mesura o mesures d'investigació requerides a l'OEI podrien haver-se dictat en les mateixes condicions per a un cas intern similar*; és cert que tal precepte fa referència a les condicions per a l'emissió de l'OEI, però el punt segon del mateix article fixa que *Les condicions a què es refereix l'apartat 1 seran avaluades per l'autoritat d'emissió en cada cas*, el compliment de tal condicions és el que possibilitarà la posterior execució i per tant ,si es porta a terme pel propi Estat emissor la participació de l'Estat executor queda limitada a seguir les pautes fixades per l'Estat d'emissió, enlloc de seguir el seu propi criteri segons la seva legislació, funcionament propi del principi de mutu reconeixement de la prova.

En relació amb l'anterior argumentació, el precepte 9.2 de la present Directiva determina que *L'autoritat d'execució observarà les formalitats i procediments expressament indicats per l'autoritat d'emissió, a menys que la present Directiva disposi el contrari i sempre que tals formalitats i procediments no siguin contraris als principis jurídics fonamentals de l'Estat d'execució*; en aquest cas és palès que qui estableix cada detall sobre l'execució de l'OEI serà l'Estat d'emissió i en conseqüència la determinació de cada element no deixa lloc per a l'exercici de la confiança mútua dels Estats tal i com defensa la pròpia Directiva.

procediments seguits a l'Estat membre requirint, les autoritats de l'Estat membre requerit indicarà sense demora el temps que estimen necessari per a l'execució de la sol·licitud. Les autoritats de l'Estat membre requirint indicaran sense demora si la sol·licitud es manté de totes maneres. Les autoritats dels Estats membres requirint i requerit podran acordar posteriorment el curs que es donarà a la sol·licitud.

Per acabar l'article 11.4 preveu que (...) *abans de denegar total o parcialment el reconeixement o l'execució d'una OEI, l'autoritat d'execució consultarà a l'autoritat de l'Estat d'emissió per les vies adequades* (...), conseqüentment a l'Estat d'execució no se li confereix ni la plena competència com per a denegar el reconeixement o l'execució d'una OEI.

ORMAZABAL també posa de relleu que l'admissió del principi de mutu reconeixement de la prova en estat pur implica una renúncia per part de l'Estat receptor, Estat en el qual es practicarà la prova, a condicionar la validesa de la prova a l'adequació al propi Dret intern. D'aquesta manera, per exemple, si l'Estat espanyol admetés, sense matisos, el mencionat principi, un òrgan judicial espanyol no podria rebutjar com a prova i podria fonamentar la seva sentència en la transcripció policial de les declaracions d'un testimoni que va realitzar davant la policia, però no va ser interrogat en el judici, si fos aquest el mode d'actuar vàlid segons la legislació de l'Estat en el qual es va portar a terme la declaració; comportant l'acceptació de proves que d'acord amb l'ordenament jurídic intern de l'Estat membres on es desenvolupa el procés penal principal s'haurien de rebutjar.

En definitiva, l'objectiu principal de les institucions europees és la creació en versió probatòria de la lliure circulació de mercaderies dins de la Unió Europea. Es tracta doncs, que les proves puguin circular sense barreres dins de la Unió Europea per a poder-se incorporar sense impediments i amb plena eficàcia en un procés penal de qualsevol Estat membre⁵⁸, la doctrina alemanya ho anomena *Verkehrsfähigkeit von Beweisen* o de *freizügiger Beweis*⁵⁹. Concretament en la present Directiva, els principals objectius fixats per les institucions europees són millorar i agilitzar la cooperació transfronterera en matèria de prova, així com assegurar l'admissibilitat de la mateixa, i paral·lelament mantenint el nivell alt en la protecció dels drets fonamentals, reduir els costos financers, augmentar la confiança mútua i la cooperació entre els Estats membres, i finalment preservar les especificitats nacionals contingudes en les legislacions estatals⁶⁰.

⁵⁸ Ormazabal, G., *Espacio Penal Europeo y Mutuo Reconocimiento: perspectivas alemana y española*. 1a ed. Madrid. Marcial Pons, 2006; p. 72.

⁵⁹ GLESS, Die "Verkehrsfähigkeit von Beweisen" im Strafverfahren, ZStW 115-III, pp. 131 i ss. I Analyse des Grünbuchs zum strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der EG und zur Schaffung einer europäischen Staatsanwaltschaft, (amb BIEHLER, PARRA i ZEITLER), estudi encarregat per Parlament Europeu al Max – Plank . Institut für Ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg /Br., abril de 2002 citat per Ormazabal, G., *La prueba penal en el espacio judicial europeo. Asistencia judicial y mutuo reconocimiento*, Actualidad Penal, núm.74, 2010, p. 5 – 42, p. 27.

⁶⁰ RUGGERI, S., "Introduction to the Proposal of a European Investigation Order: Due Process Concerns and Open Issues" Dins *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe: Developments in EU Legislation and New Challenges for Human Rights – Oriented Criminal Investigations in Cross – border Cases* (coord. RUGGERI, S.). 1a ed. Nova York. Springer, 2014, p. 3 – 29, p. 9.

Aquests objectius, com s'analitzarà amb posterioritat no sempre s'assoleixen de forma òptima i completa per la present Directiva.

5.1.1 PRINCIPI DE MUTU RECONeixEMENT DE LA PROVA A LA LLEI 23/2014, DE 20 DE NOVEMBRE

El precepte 189.3 de la Llei 23/2014, de 20 de novembre, de reconeixement mutu de resolucions penals a la Unió Europea, planteja una possible contradicció, que és mereixedora d'un anàlisi més detallat i profund.

L'article mencionat exposa que *Les proves obtingudes a través d'un exhort practicat de conformitat amb la normativa processal de l'Estat d'execució i, en el seu cas, d'acord amb les formalitats expressament indicades per l'autoritat espanyola, produiran plens efectes i no seran susceptibles de recurs dirigit a controlar les garanties d'imparcialitat observades en la seva obtenció ni el valor dels actes practicats en forma.* En un primer moment crida especialment l'atenció la supressió de tot recurs respecte de l'obtenció i l'execució de la prova quan aquesta compleixi amb els requisits exigits per l'Estat d'emissió i la legislació processal de l'Estat d'execució, conferint plena validesa quan concorrin tals requisits; hom restaria inclinat a concloure que hi ha una contradicció amb l'article 11.1 de la Directiva 2014/41/ CE que remet a l'article 1.4 de la mateixa Directiva⁶¹, ja que s'estaria privant als acusats de reaccionar davant la vulneració dels seus drets fonamentals.

Davant d'això, cal acudir a una interpretació correctora tot acudint a l'article 189.3 de la Llei 23/2014, de 20 de novembre, que obliga a vehicular totes les objeccions respecte de l'OEI a través del recursos previstos a la Directiva, és a dir respecte a l'emissió de l'OEI allò previst a l'article 14 de la citada Directiva (interposició de recursos davant l'Estat d'emissió) i respecte del reconeixement i de l'execució a l'article 11 de la Directiva (interposició de recursos davant l'Estat d'execució, pel que fa a l'execució de l'OEI en l'Estat corresponent). Conseqüentment, si es volgués recórrer l'exhort d'emissió s'ha de portar a terme en el moment de l'emissió. Com ja s'ha dit abans, la Llei 23/2014, de 20 de novembre sí que contempla de forma implícita a l'article 197.2 la possibilitat d'interposar recurs respecte el reconeixement i l'execució de l'exhort amb la dicció *Menys en els casos en què s'hagi interposat un recurs contra el reconeixement i l'execució de l'exhort (...)* i el propi article 198 de la mateixa llei desenvolupa

⁶¹ Article 1.4 Directiva 2014/41/CE: *La present Directiva no podrà tenir per efecte modificar l'obligació de respectar els drets fonamentals i els principis jurídics enunciats a l'article 6 del TUE, inclòs el dret de defensa de les persones imputades en un procés penal, i qualsevol de les obligacions que corresponguin a les autoritats judicials a aquest respecte romandran incòlumes.*

les causes de denegació del reconeixement i l'execució de l'exhort europeu d'obtenció de proves, sent la reproducció nacional més breu de l'article 11 de la Directiva 2014/41/CE.

És criticable, doncs, que la legislació espanyola resultant de la transposició de la Directiva 2014/41/CE no hagi contemplat de forma expressa tot allò referent a la interposició de la diferent tipologia de recursos referits a la Directiva 2014/41/CE. Tot i així, cal insistir que la pròpia llei es refereix de forma implícita o indirecta a la possibilitat d'interposar recursos i que aquesta conclusió és en qualsevol cas ineludible ja que totes les persones afectades per l'OEI queden protegides per la Directiva 2014/41/CE, i en cap cas es pot oblidar que el Dret de la Unió Europea gaudeix de primacia per sobre de la legislació interna dels Estats Membres i que la Directiva relativa a l'OEI, com s'ha dit, sí que preveu la interposició de recursos.

Aquest seguit d'aspectes analitzats i el propi articulat del precepte 189.3 de la Llei espanyola, quan assenyala que l' (...) *exhort practicat de conformitat amb la normativa processal de l'Estat d'execució i, en el seu cas, d'acord amb les formalitats expressament indicades per l'autoritat espanyola, produiran plens efectes i no seran susceptibles de recurs (...)* podrien portar a pensar que es produeix una vertadera aplicació del principi de mutu reconeixement de la prova. Ara bé, no es pot obviar que en l'anterior fragment del precepte citat ja s'exposa que s'hauran de complir les formalitat expressament indicades per l'Estat d'emissió, per tant, l'Estat d'execució haurà de seguir, sempre que no resultin contràries al seu ordre públic, les directrius de l'Estat d'emissió si aquest n'estableix. En conseqüència, tot i que el legislador espanyol estigui completament inclinat a acceptar i incorporar plenament el principi de reconeixement mutu de la prova donant per vàlides a Espanya les proves vàlidament obtingudes en un altre Estat de la Unió Europea (Estat d'execució) segons la seva legislació interna, aquesta conclusió tan rotunda i radical es veu matisada fonamentalment per dos preceptes: els ja citats vèries vegades 189.3 i el 191.3 de la Llei espanyol de transposició: *Si per a la valides com a font de prova de l'objecte, document o dada a Espanya es requereixi alguna formalitat o procediment específic en la seva obtenció, es farà constar així en el certificat emès per l'autoritat emissora. (...)*.

És a dir: el legislador pot prohibir la interposició de recursos contra la prova obtinguda a l'Estat d'execució, però les persones imputades o acusades sempre hauran tingut prèviament l'oportunitat de recórrer davant els tribunals espanyols l'emissió d'una OEI que no indiqui a l'Estat d'execució la necessitat de seguir certes formalitats, garanties o procediments que resultin imprescindible per a la validesa o admissibilitat de la prova a l'Estat espanyol; i, per suposat, partint de la base que l'Estat d'execució accepta respectar aquells procediments o garanties, la persona afectada sempre podrà acudir al sistema de recursos de l'Estat corresponent per a impugnar les vulneracions que es puguin cometre contra els seus dret

fonamentals durant l'obtenció de la prova a aquell Estat. Sóc del parer que només de manera esmentada és constitucionalment admissible fer irrecorrible la prova obtinguda a l'estranger. O si es prefereix: només és acceptable aquesta irrecorribilitat sobre la base de la recorribilitat de la resolució emetent l'OEI i la possibilitat de recórrer a l'Estat d'execució les actuacions dutes a terme pel referit Estat.

5.2 TRACTAMENT DELS DRETS FONAMENTALS I CONCRETAMENT EL DRET DE DEFENSA PER LA DIRECTIVA

L'article 1.3 de la Directiva reconeix que l'emissió d'una OEI pot ser sol·licitada per una persona sospitosa o acusada (o per un advocat en el seu nom), en el marc dels drets de defensa aplicables de conformitat amb el procediment penal nacional. Per tant, la pròpia Directiva en aquest sentit no restringeix i protegeix el dret de defensa dels ciutadans de la Unió Europea. Tot i així, cal apuntar que la pròpia Directiva al basar les execucions en el principi de reconeixement mutu, la doctrina s'ha plantejat com podia incidir aquest principi amb les garanties processals dels ciutadans que es trobin en la qualitat de sospitosos o acusats en un procediment penal, ja que la present Directiva no hi aprofundeix en excés. En aquest sentit, la doctrina alemanya apunta que el principi de mutu reconeixement de la prova hauria de portar associada una homogeneïtzació, igualació o equiparació a l'alça de les legislacions processals europees pel que fa al grau de protecció i afectació dels drets de defensa de l'imputat o acusat⁶². No obstant, no haver-se regulat a nivell europeu una equiparació i igualació dels drets de defensa a l'alça, acceptar aquest principi amb totes les seves conseqüències (implantació que no practica la present Directiva) comporta necessàriament que alguns Estats haurien d'acceptar que es poguessin dictar sentències de condemna basades en proves obtingudes amb una afectació als drets de l'imputat o acusat en principi prohibida pel seu ordenament jurídic.

Per tant, el principi de mutu reconeixement de proves, no faria més accentuar una de les línies d'actuació característiques de les institucions europees dirigida principalment a potenciar l'eficàcia de la persecució penal, sense donar-li el mateix valor a la configuració d'un sistema de garanties pels possibles excessos de l'autoritat en l'ús del poder públic; acabaria comportant una preponderància de l'aspecte repressiu que de l'augment o millora de les oportunitats de defensa dels imputats o acusats. En l'actualitat a molts Estats europeus s'està produint la "politització" o reforçament de les potestats i facultat de la policia en quant a la persecució

⁶² NELLE, *Europäisierung des Strafverfahrens – Strafprozessrecht für Europa?*, ZSrw, 1997, p. 750 citat per ORMAZABAL, G., *Espacio Penal Europeo y Mutuo Reconocimiento: perspectivas alemana y española*. 1a ed. Madrid. Marcial Pons, 2006, p. 71 i 72.

penal amb l'aplicació d'aquest principi també s'acabaria implantant a cossos normatius que estableixen una major protecció als drets de defensa. En aquesta direcció NELLES apunta que el principi de mutu reconeixement de proves suposaria, tant accentuar encara més i donar més facilitats a aquesta tendència legal. SCHÜNEMAN posa de relleu que es podria trencar o desvirtuar l'equilibri processal entre la defensa i l'acusació acceptant de forma pura el principi de mutu reconeixement⁶³. E. MARTINEZ i GARCIA manifesta que la única finalitat de realitzar actes d'investigació en un altre país radica en l'obtenció de fonts de prova, el que es porta a terme mitjançant la intervenció de drets fonamentals o no fonamentals. I és en aquest punt on sorgeixen els primers problemes, ja que els nivells de protecció sobre aquests són diferents i les normes jurídiques de la Unió són vagues, sense poder-se apreciar què és essencial o no ho és a l'hora d'intervenir un dret⁶⁴. Tot seguit la mateixa autora exposa un exemple, pel que fa a matèria de prova il·lícita el Tribunal Europeu de Drets Humans està establint uns continguts inferiors als de l'Estat espanyol⁶⁵.

Vinculat amb aquest últim punt l'article 1.4 de la present Directiva fixa l'obligació de respectar els drets fonamentals i els principis jurídics de l'article 6 del TUE⁶⁶, inclòs el dret de defensa de les persones imputades en un procés penal⁶⁷. En relació aquest precepte, és cert que hi ha uns drets fonamentals citats per les fonts primàries i unes garanties processals mínimes regulades i desenvolupades jurisprudencialment de forma més àmplia, les relatives al procés i a la nul·litat de les proves obtingudes amb violació de certs drets. Aquestes bases semblarien no ser

⁶³ SCHÜNEMANN, B., "The European Investigation Order: A Rush into the Wrong Direction" Dins *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe: Developments in EU Legislation and New Challenges for Human Rights – Oriented Criminal Investigations in Cross – border Cases* (coord. RUGGERI, S.). 1a ed. Nova York. Springer, 2014, p. 29 – 36, p. 29 ss.

⁶⁴ MARTINEZ, E., "La orden de investigación europea: Las futuras complejidades previsibles en la implementación de la Directiva en España (I)" *La Ley Penal*, 106, gener – febrer 2014, 114 – 126, p. 116.

⁶⁵ MARTINEZ, E., "La orden de investigación europea: Las futuras complejidades previsibles en la implementación de la Directiva en España (I)" *La Ley Penal*, 106, gener – febrer 2014, 114 – 126, p. 118.

⁶⁶ Article 6 del Tractat de la Unió Europea: 1. *La Unió reconeix els drets, llibertats i principis enunciats a la Carta dels Drets Fonamentals de la Unió Europea de 7 de desembre de 2000, tal com va ser adaptada el 12 de desembre de 2007 a Estrasburg, la qual tindrà el mateix valor jurídic que els Tractats. Les disposicions de la Carta no ampliaran de cap manera les competències de la Unió tal com es defineixen en els Tractats. 2. La Unió s'adherirà al Conveni Europeu per a la Protecció dels Drets Humans i de les Llibertats Fonamentals. Aquesta adhesió no modificarà les competències de la Unió que es defineixen en els Tractats. 3. Els drets fonamentals que garanteix el Conveni Europeu per a la protecció dels Drets Humans i de les Llibertats Fonamentals i els que són fruit de les tradicions constitucionals comunes als Estats membres formaran part del Dret de la Unió com a principis generals.*

⁶⁷ Crf "Europäisierung...", p.750 citat per *La prueba penal en el espacio judicial europeo. Asistencia judicial y mutuo reconocimiento*, Actualidad Penal, núm.74, 2010, p. 5 – 42, p. 39.

suficients per a garantir els drets fonamentals (materials i processals) en el marc d'una investigació criminal⁶⁸.

El més rellevant de la present Directiva és que posa èmfasis a valors com l'eficiència i la flexibilitat oblidant com a eix central els drets humans. A l'anterior article 1.4 es limita a mencionar l'article 6 del TUE, sense aprofundir en cap més aspecte o particularitat.

La present Directiva no podrà tenir com efecte modificar l'obligació de respectar els drets fonamentals i els principis jurídics enunciats a l'article 6 del TUE, inclòs el dret de defensa de les persones imputades en un procés penal, i qualsevol de les obligacions que corresponguin a les autoritats judicials a respecte a això per es mantindran incòlumes.

En aquest cas la Directiva enlloc de protegir de forma directe els drets fonamentals i les garanties pròpies aplicables als imputats o acusats ho fa a través d'una definició negativa.

Segurament aquests elements són els que evidencien la preponderància d'altres principis o valors per sobre de la defensa dels drets humans. Probablement, factors com els mencionats han estat la causa del lent acord i implantació de la Directiva. Així doncs, en aquest context durant el procés de configuració de la Directiva van aparèixer diferents veus posant de manifest les mancances d'aquesta respecte els drets humans, l'Agència de la Unió Europea pels Drets Fonamentals al febrer del 2011 alertava que hi havia seriosos problemes respecte els drets a la defensa, però també respecte als drets de les víctimes, privacitat i protecció de dades i les causes per a rebutjar una EOI també eren inadequades⁶⁹. La Comissió Europea l'agost del 2010 també es va posicionar en el mateix sentit, determinant que la proposta de Directiva no proporcionava suficient material per entendre's que respectava la Carta i el Conveni Europeu pels Drets Humans. Les disposicions de la present Directiva afecten de forma directa als drets dels més vulnerables. Les persones involucrades en processos d'investigació transnacionals tenen un major risc de patir pràctiques abusives que les involucrades en processos nacionals⁷⁰. L'acusat es troba en una posició extremadament feble per prendre accions davant els tribunals d'un país

⁶⁸ MARTINEZ, E., "La orden de investigación europea: Las futuras complejidades previsibles en la implementación de la Directiva en España (I)" *La Ley Penal*, 106, gener – febrer 2014, 114 – 126, p. 118.

⁶⁹ VOGLER, R., "The European Investigation Order: Fundamental Rights at Risk. Dins *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe: Developments in EU Legislation and New Challenges for Human Rights – Oriented Criminal Investigations in Cross – border Cases* (coord. RUGGERI, S.). 1a ed. Nova York. Springer, 2014, p. 45 – 50, p. 47 ss.

⁷⁰ VOGLER, R., "The European Investigation Order: Fundamental Rights at Risk. Dins *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe: Developments in EU Legislation and New Challenges for Human Rights – Oriented Criminal Investigations in Cross – border Cases* (coord. RUGGERI, S.). 1a ed. Nova York. Springer, 2014, p. 45 – 50, p. 45 ss.

remot, la llengua del qual possiblement no parlarà o entendreà, a part d'un tribunal addicional i els honoraris dels advocats i altres obstacles⁷¹.

Tot i les mancances evidents en la protecció dels drets de defensa dels acusats o sospitosos que estiguin sotmesos en un procés penal transfronterer, la pròpia Unió Europea mitjançant altres directives ha anat establint algunes mesures paral·leles a l'eficiència i agilització per l'obtenció de proves a un altre Estat de la Unió Europea, marcant-se com a objectiu aconseguir una major protecció dels drets dels ciutadans europeus que siguin part d'aquesta classe de processos. Hi ha dos actes legislatius a destacar com són la Directiva 2010/64/UE del Parlament Europeu i del Consell de 20 d'octubre de 2010 relativa al dret a interpretació i a traducció en els processos penals i la Directiva 2013/48/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 22 d'octubre de 2013, sobre el dret a l'assistència de lletrat en els processos penals i en els procediments relatius a l'ordre de detenció europea, i sobre el dret a què s'informi a un tercer en el moment de la privació de llibertat i a comunicar-se amb tercers i amb autoritats consulars durant la privació de llibertat.

Pel que fa a la Directiva 2010/64/UE fonamentalment estableix normes relatives al dret a interpretació i traducció en els processos penals i en els procediments corresponents a l'execució d'una ordre de detenció europea (article 1.1). Els drets mencionats seran d'aplicació a qualsevol persona des de l'instant en què se li posi en coneixement, per part de l'autoritat competent, que és sospitosa o està acusada fins la conclusió del procés penal (article 1.2). En quant al dret a la interpretació de l'article 2 de la Directiva 2010/64/UE contempla com a responsables els Estats membres per a facilitar que tot sospitós o acusat que no parli o compregui la llengua del procés penal es beneficiï d'interpretació al llarg de tot el procés penal enfront les autoritats de la investigació i judicials, incloent l'interrogatori policial, amb totes les vistes judicials i audiències que siguin necessàries; així doncs el dret a la interpretació s'estendrà en totes les actuacions a les quals hagi de participar el sospitós o acusat. Al precepte 3 es regula el dret a la traducció de documents essencials, en aquest cas es facilitarà una traducció escrita de tots els documents que tingui la consideració d'essencials per a garantir que l'acusat o sospitós estigui en condicions d'exercir el dret a la defensa i per a salvaguardar l'equitat del procés; en aquest cas només serà objecte de traducció allò que sigui qualificat com a essencial, podent deixar fora elements també importants. Els costos de la traducció i la interpretació l'hauran d'assumir els Estats membres amb independència del resultat del procés

⁷¹ SCHÜNEMANN, B., "The European Investigation Order: A Rush into the Wrong Direction". Dins *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe: Developments in EU Legislation and New Challenges for Human Rights – Oriented Criminal Investigations in Cross – border Cases* (coord. RUGGERI, S.). 1a ed. Nova York. Springer, 2014, p. 29 – 36, p. 33 ss.

(article 4). L'últim precepte a destacar de la Directiva 2010/64/UE és el 8 on es determina que l'esmentada Directiva fixa que no s'haurà d'interpretar en el sentit de que limita o deroga qualsevol dret o garantia processal que pugui existir a l'empara del Conveni Europeu per a la Protecció dels Drets Humans i de les Llibertats Fonamentals, de la Carta dels Drets Fonamentals de la Unió Europea, d'altres disposicions pertanyents del dret internacional o de l'ordenament jurídic de qualsevol Estat membre i que proporcionin un nivell de protecció més elevat.

La Directiva 2013/48/UE fixa unes normes mínimes relatives als drets que ostenten els sospitosos i els acusats en processos penals que siguin objecte de procediments en relació a la Decisió Marc 2002/584/JAI procediments de l'ordre de detenció europea, a ser assistits per un lletrat, i que s'informi de la seva privació de llibertat a un tercer i a comunicar-se amb un tercer i amb autoritats consulars durant la privació de llibertat (article 1). La Directiva serà d'aplicació als sospitosos o acusats i persones que no sent sospitoses ni acusades i que passen a ser-ho en el transcurs d'un interrogatori per la policia o els cossos de seguretat, des del moment en què se'ls posa en coneixement que són sospitosos o que se'ls acusa d'haver comès una infracció penal, i amb independència de si estan privats de llibertat, podran gaudir dels drets esmentats fins a la conclusió del procés (article 2). El precepte 3 preveu que els Estat membres hauran de vetllar perquè els acusats o sospitosos tinguin dret a ser assistits per lletrat en el moment i de la forma que els permeti exercir els seus drets de defensa pràctica i de manera efectiva. Els Estats membres hauran de garantir que es tinguin en compte les necessitats específiques dels sospitosos i acusats que siguin vulnerables (article 13). La Directiva 2013/48/UE no es podrà interpretar en el sentit de limitar o derogar els drets o les garanties processals que estiguin reconeguts a l'empara de la Carta, del CEDH, o d'altres disposicions pertanyents al Dret internacional o de la normativa dels Estats membres que garanteixi un nivell de protecció més elevat (article 14). La data límit que es contempla per a la transposició és el dia 27 de novembre del 2016.

Una vegada analitzada una altra faceta més humanista que també forma part de l'actuació legislativa de la Unió Europea s'arriba a la conclusió que és cert que les institucions europees també tenen en compte la ciutadania, però no amb la mateixa prioritat, en aquest cas, que la consecució de la prova penal i la seva lliure circulació en l'àmbit europeu.

Hi ha aspectes molt rellevants de la Directiva 2014/41/CE que s'han de millorar. Segons ALLEGREZZA, concretament, s'ha de posar atenció a les grans llacunes relatives a la feble posició de la defensa. A continuació s'esmenten dos elements que s'han de tenir en compte: les

oportunitats per la defensa per a recollir proves a l'estranger, actuació o mesura que no figura a la present Directiva, i una diferent valoració dels recursos legals⁷².

5.3 MANCA DE PARAL·LELISME ENTRE LES CONDICIONS D'EMISSIÓ I ELS MOTIUS DE DENEGACIÓ

En el propi anàlisi de la Directiva 2014/41/CE ja s'han detallat com a condicions bàsiques per a l'emissió d'una Ordre Europea d'Investigació la necessitat i la proporcionalitat als fins dels procediments previstos a l'article 4 tenint en compte els drets del sospitós o acusat. Sent aquestes dues condicions essencials per a poder portar a terme l'emissió d'una OEI no es troben contemplades com a causes de denegació del reconeixement o de l'execució de l'OEI, article 11 de la present Directiva: *1. Sense perjudici de l'article 1, apartat 4, es podrà denegar el reconeixement o l'execució d'una OEI a l'Estat d'execució: a) quan existeix una immunitat o privilegi al Dret de l'Estat d'execució que faci impossible executar l'OEI, o normes sobre determinació i limitació de la responsabilitat penal en relació amb la llibertat de premsa i a llibertat d'expressió en altres mitjans de comunicació que impossibilitin la seva execució; b) quan l'execució de l'OEI pogués lesionar, en un cas concret, interessos essencials de seguretat nacional, comprometre a la font de la informació, o implicar la utilització d'informació classificada relacionada amb determinades activitats d'intel·ligència; c) quan l'OEI hagi estat emesa pels procediments contemplats a l'article 4, lletres b) i c), i la mesura d'investigació no estigués autoritzada, d'acord amb el Dret de l'Estat d'execució, per a un cas intern similar; d) quan l'execució de l'OEI fos contrària al principi ne bis in idem; e) quan l'OEI es refereixi a un delictes que presumptament ha estat comès fora del territori de l'Estat d'emissió i total o parcialment en el territori de l'Estat d'execució, i la conducta en relació amb la qual s'emet l'OEI no sigui constitutiva de delictes a l'Estat d'execució; f) quan existeixin motius fundats per a creure que l'execució de la mesura d'investigació indicada a l'OEI seria incompatible amb les obligacions de l'Estat membre d'execució de conformitat amb l'article 6 del TUE i de la Carta; g) quan la conducta que va donar origen a l'emissió de l'OEI no sigui constitutiva de delictes d'acord al Dret de l'Estat d'execució, i no estigui recollida en les categories de delictes que figuren a l'annex D, conforme allò indicat per l'autoritat d'emissió a l'OEI, si a l'Estat d'emissió és punible amb una pena o mesura de seguretat privatives de llibertat d'almenys 3 anys, o h) quan l'ús de la mesura d'investigació indicada a l'OEI estigui limitat, d'acord amb*

⁷² ALLEGREZZA, S., “Collecting Criminal Evidence Across the European Union: The European Investigation Order Between Flexibility and Proportionality”. Dins *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe: Developments in EU Legislation and New Challenges for Human Rights – Oriented Criminal Investigations in Cross – border Cases* (coord. RUGGERI, S.). 1a ed. Nova York. Springer, 2014, p. 51 – 70, p. 64 ss.

el Dret de l'Estat d'execució, a una llista o categoria de delictes, o a delictes castigats amb penes de a partir d'un determinat Umbral que no arribi al delicte al qual es refereix l'OEI. 2. Les lletres g) i h) de l'apartat 1 no s'apliquen a les mesures d'investigació al que es refereix l'article 10, apartat 2. 3. Quan una OEI es refereixi a delictes en matèria de taxes o d'impostos, duanes o control de canvis, l'autoritat d'execució no podrà denegar el reconeixement o l'execució esgrimint que el Dret de l'Estat d'execució no imposa el mateix tipus de taxa, impost o drets, o no conté el mateix tipus de normativa en matèria fiscal, duanera o canviària que el Dret de l'Estat d'emissió. 4. En els casos indicats a l'apartat 1, lletres a), d), e) i f), abans de decidir la denegació total o parcial del reconeixement o de l'execució d'una OEI, l'autoritat de l'Estat d'execució consultarà a l'autoritat de l'Estat d'emissió per les vies adequades i, en el seu cas, li sol·licitarà a l'autoritat d'emissió que faciliti sense demora la informació necessària. 5. En el supòsit al qual es refereix l'apartat 1, lletra a), i quan la retirada del privilegi o la immunitat sigui competència d'una autoritat de l'Estat membre d'execució, l'autoritat d'execució li formularà la sol·licitud sense demora. Quan la retirada del privilegi o de la immunitat sigui competència a una autoritat d'un altre Estat membre o a una organització internacional, correspondrà a l'autoritat d'emissió sol·licitar a l'autoritat de la que es tracti que exerceixi competència.

La falta de concurrència entre les condicions d'emissió i els motius de denegació de l'OEI no és un fet secundari, ja que això pot comportar que s'emeti una OEI sense complir les condicions de necessitat i proporcionalitat i la persona acusada o sospitosa no podrà impedir tal emissió, per tant no s'hi podrà oposar comportant el reconeixement i posterior execució de l'OEI, en aquest moment serà quan la persona implicada podrà interposar recurs contra l'OEI, tan mateix cal recordar que els recursos no tindran efecte suspensiu com a regla general (article 14.6).

Per tant, la no previsió de les condicions d'emissió d'una OEI com a necessària i proporcional com a causes de denegació provoca un clar greuge a la persona sospitosa o acusada, una vegada més debilitant la seva posició processal i els seus drets de defensa. Aquest element està directament vinculat amb l'anterior punt d'*Observacions crítiques*, s'evidencia novament una situació de debilitament i manca de previsió respecte a les garanties processals i els drets de defensa que haurien de protegir i acompanyar al sospitós o acusat al llarg del procés penal transfronterer.

5.4 EMISSIÓ D'UNA OEI EN UN PROCEDIMENT ADMINISTRATIU

L'article 4 b) de la Directiva 2014/41/CE i l'article 186.2 de la Llei 23/2014 de 20 de novembre (lleï espanyola que transposa la Directiva europea) ambdues preveuen la possibilitat d'emetre una OEI en el marc d'un procediment administratiu i aquest pugui acabar derivant en un

procediment penal. Com ja s'ha apuntat en el propi anàlisi de la Directiva, allò destacable és l'emissió d'una OEI amb totes les seves conseqüències quan ni tan sols el ciutadà es troba en el marc d'un procediment penal, ni es sap del cert si hi acabarà derivant, i tampoc gaudeix de les garanties pròpies i inherents al procés penal, afegint que la persona es troba en el marc d'un procés transfronterer, sigui administratiu o penal, amb tot el que implica com s'ha anat apuntant al llarg del treball.

Ni la llei espanyola ni la Directiva europea concreten de quins procediments administratius podria tractar-se, en conseqüència els que es desenvoluparan de forma breu seran delictes de tipus fiscal i mediambiental.

L'àmbit administratiu sancionador preveu un seguit de principis establerts a la Constitució Espanyola, els mencionats principis s'apliquen en el procés penal i en el procediment administratiu, algun dels principis serien la presumpció d'innocència, article 24.2 CE; el principi de reserva de llei, en base el qual les infraccions i sancions només es poden establir en normes amb rang de llei; el principi d'irretroactivitat de les disposicions sancionadores no favorables o restrictives de drets individuals, article 9.3 CE, que s'acaba de configurar amb el de retroactivitat de les favorables; el principi de tipicitat, ningú podrà ser sancionat o condemnat per accions o omissions que en el moment de produir-se no estiguessin tipificades com a delictes, falta o infracció administrativa, article 25.1 CE; l'Administració no podrà imposar sancions directa o subsidiàriament que impliquin la privació de llibertat regulat a l'article 25.3 CE.

La regulació de les infraccions i sancions de caràcter tributari es regula als articles 178 a 212 de la LGT. El precepte 183 de la LGT defineix el concepte d'infracció tributària determinant que són infraccions *Les accions o omissions doloses o culposes o amb qualsevol grau de negligència que estiguin tipificades i sancionades com a tals en aquesta o una altra llei*; per tant, tota sanció haurà d'estar contemplada en l'esmentat text legislatiu.

Pel que fa al procediment sancionador tributari es desenvolupa als articles 207 a 212 de la LGT. El darrer article fixa que la interposició en temps i forma d'un recurs o reclamació administrativa contra una sanció produirà efectes com la suspensió automàtica de l'execució de la sanció durant el període voluntari sense haver d'aportar garanties que siguin fermes en via administrativa.

No obstant, el que realment interessa per l'anàlisi present és la conversió de procediment administratiu en penal, aquesta metamorfosi concorrerà segons la gravetat del dany i circumstàncies especials previstes a l'ordenament jurídic. La diferència entre la infracció

tributària i el delictes fiscal no és significativa, recau bàsicament en la quantia de la infracció o la seva gravetat. El Codi Penal espanyol regula aquest tipus de conductes en els seus articles 305 a 310.

La previsió legal sobre els delictes mediambientals es troba regulat en el Títol XVI. Tots els capítols conformadors de l'anterior Títol protegeixen béns que la doctrina els ha qualificat com a col·lectius o supraindividuals i tenen relació amb el medi ambient en sentit ampli. El Dret Ambiental és definit per la jurisprudència com el conjunt de normes jurídiques que regulen la protecció, conservació i millores els elements que representen una riquesa natural digna de tutela pels seus especials valors. El Dret Ambiental s'ha de caracteritzar per protegir o conservar els elements naturals amb la finalitat de millorar el medi ambient i la qualitat de vida⁷³.

L'article 325 CP és l'encarregat de delimitar quines conductes es sancionaran per via administrativa i quines adquiriran caràcter penal, per tant, totes aquelles conductes previstes al Codi Penal seguiran el cabdal d'aquesta via i la resta seran sancionades per via administrativa, en conseqüència excloent el principi *ne bis in idem*. Cal aclarir que les conductes penals contindran un perjudici greu en l'equilibri dels sistemes naturals o a la salut de les persones, en cas de concorre aquet greu perjudici, en cap cas es podria atribuir responsabilitat penal. Les disposicions de caràcter individual impedirien la tramitació de procediments penals en el cas de violació d'una norma⁷⁴.

6 CONCLUSIONS

La novetat principal introduïda per la Directiva 2014/41/CE és la creació d'un mecanisme legal comú a la Unió Europea per a l'obtenció de proves penals en qualsevol dels territoris que en formen part.

Segurament la forma més adient de concloure el principi de reconeixement mutu és fer-ho juntament amb la manca de regulació de drets fonamentals, ja siguin materials com processals, que fa la Directiva 2014/41/CE. En quant a una aplicació total del principi de reconeixement mutu comportaria l'acceptació sense objeccions d'actuacions realitzades a un altre Estat membre i la manca de previsió per part de la Unió Europea d'uns mínims comuns a tot el territori respecte els drets fonamentals (materials i processals) pot crear un greu desnivell entre

⁷³ PARDO, R., Delitos contra el medio ambiente, p.2

⁷⁴ DE MIGUEL, C. i ASTARLOA, E., La aplicación del principio "non bis in idem" y el concurso de delitos en los delitos contra el medio ambiente, p.91

la protecció d'aquests respecte la procedència dels acusats o investigats. Aquesta afirmació amb caràcter conclouen la sostenen tots els autors mencionats, sent la doctrina coneguda que n'ha escrit el respecte.

Cal concloure que la Directiva 2014/41/CE pateix una manca més que notable pel que fa el de reconeixement i previsió dels drets dels acusats i investigats en el procés penal previst i que la norma posa l'èmfasi a l'eficiència i eficàcia en la consecució de la prova penal, ambdues enteses tant amb estalvi de temps com de diners. De la mateixa manera, cal constatar que el principi de mutu reconeixement de la prova penal en l'àmbit de la Unió Europea no s'acaba aplicant tal i com teòricament es declara, al text de la Directiva 2014/41/CE, que situa aquest principi en el punt 19 de l'exposició de motius i l'article 1.2 com a eix central i base que regeix l'obtenció de prova a l'espai judicial europeu. En efecte, quan es continua l'anàlisi al detall de la resta de preceptes es pot veure clarament que no tots ells segueixen la línia esmentada. Valguin com a exemples els articles 6.1 i 9.2⁷⁵. Així doncs, s'arriba a la conclusió que hi ha una manca de concordança entre allò que s'estableix com a teòricament aplicable i el que segueix la Directiva present, respecte el que realment s'acaba regulant, ja que en qualsevol cas qui acaba fixant com s'han de portar a terme les diferents actuacions i qui acaba tenint la última paraula és l'Estat emissor, elements incompatibles amb una veritable aplicació del principi de reconeixement mutu de la prova penal. Per aquest motiu es pot afirmar que no hi ha una real aplicació del principi esmentat perquè les normes que l'haurien de desenvolupar i proporcionar-li una aplicació pràctica no segueixen aquesta filosofia, sinó el conegut com a cooperació judicial (Mutual Legal Assistance).

Tot i no concórrer a la pràctica el principi de reconeixement mutu de la prova penal, els acusats o investigats segueixen sense disposar d'una regulació favorable i proteccionista dels drets que els hi haurien de ser propis pel fet de trobar-se en tal condició processal. És probable que l'aplicació del principi ja citat agreujaria la seva situació, però la seva absència real d'aplicació tampoc els situa en una situació beneficiosa i envoltada de les degudes garanties. Com ja s'ha expressat al text legal central objecte d'anàlisi, la Directiva 2014/41/CE no esmerça suficients esforços a fixar uns drets mínims i comuns a tot el territori europeu. Per altra banda, en l'anàlisi d'aquest element ha estat mencionat en dues Directives, la 2010/64/UE del Parlament Europeu i del Consell de 20 d'octubre de 2010 relativa al dret a interpretació i traducció en els processos

⁷⁵ Article 6.1 Directiva 2014/41/CE: *1. L'autoritat d'emissió únicament podrà emetre una OEI quan: a) l'emissió de l'OEI sigui necessària i proporcional als fins dels procediments a què es refereix l'article 4 tenint en compte els drets del sospitós o acusat, i; b) la mesura o mesures d'investigació requerides a l'OEI podrien haver-se dictat en les mateixes condicions per a un cas intern similar.* 9.2 Directiva 2014/41/CE: *2. L'autoritat d'execució observarà les formalitats i procediments expressament indicats per l'autoritat d'emissió, a menys que la present Directiva disposi del contrari i sempre que tals formalitats i procediments no siguin contraris als principis fonamentals de l'Estat d'execució.*

penals i la 2013/48/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 22 d'octubre de 2013, sobre el dret a l'assistència de lletrat en els processos penal i ens procediments relatius a l'ordre de detenció europea, i sobre el dret a que s'informi a un tercer en el moment de la privació de llibertat i a comunicar-se amb tercers i amb autoritats consulars durant la privació de llibertat. Aquesta introducció d'estàndards comuns de garantia d'obligatori compliment a tot el territori de l'UE s'ha de valorar molt positivament, ja que contribueix a la salvaguarda dels drets fonamentals en l'obtenció de proves arreu de tota Europa facilitant així la seva admissibilitat en tot el territori de la Unió.

Un altre element d'especial interès és la manca de concurrència entre les condicions d'emissió i les causes de denegació, aquest fet va directament vinculat amb la falta de reconeixement d'uns drets mínims i comuns, segurament amb la previsió d'aquests s'haurien pogut salvaguardar disfuncions com aquesta, ja que el resultat final és el debilitament de la situació processal de l'acusat o investigat.

Per a finalitzar, cal fer un breu esment a la Llei espanyola objecte de transposició de la present Directiva. Sent aquesta un text breu i simple respecte a la Directiva 2014/41/CE conté gairebé tots els elements essencials, però amb l'intent d'una aplicació bastant fidel al principi de reconeixement mutu de la prova oblida la regulació expressa d'interposició de recursos. Tot i ser un element més que destacable, les conseqüències reals no acaben sent molt notables, ja que hi ha una previsió implícita dels recursos en fase d'execució i reconeixement de la prova i pel que fa a l'emissió, tot i no contemplar-se de forma expressa en qualsevol cas la normativa europea té primacia respecte el Dret intern dels Estats de la Unió, per tant preval sobre aquest, i a més a més, la legislació europea disposa d'un efecte directe dirigit als Estats i en aquest cas també cap als ciutadans. Tal com s'ha conclòs en un altre moment del treball, el legislador pot prohibir la interposició de recursos contra la prova obtinguda a l'Estat d'execució, però les persones imputades o acusades sempre hauran tingut prèviament l'oportunitat de recórrer davant els tribunals espanyols l'emissió d'una OEI que no indiqui a l'Estat d'execució la necessitat de seguir certes formalitats, garanties o procediments que resultin imprescindibles per a la validesa o admissibilitat de la prova a l'Estat espanyol; i, per suposat, partint de la base que l'Estat d'execució accepta respectar aquells procediments o garanties, la persona afectada sempre podrà acudir al sistema de recursos de l'Estat corresponent per a impugnar les vulneracions que es puguin cometre contra els seus drets fonamentals durant l'obtenció de la prova en aquell Estat. Per tant es creu que només és acceptable aquesta irrecorribilitat sobre la base de la recorribilitat de la resolució emetent l'OEI i la possibilitat de recórrer a l'Estat d'execució les actuacions dutes a terme pel referit Estat.

En conseqüència la complexa i confusa redacció d'alguns dels preceptes analitzats i destacats de la present Directiva no contribueixen a l'eficàcia i eficiència per a la consecució de la prova penal a la Unió Europea, com tampoc propicien a augmentar la confiança entre els Estats membres. Així doncs, si la incertesa i la complexitat són poc desitjables en qualsevol instrument legislatiu, tractant-se d'un instrument que pretén agilitzar i facilitar la cooperació sobre la base de la confiança mútua, la complexitat de les normes és un obstacle, ja que dificulta que la norma pugui complir amb els seus objectius. Si existeix incertesa en quant al seu abast i aplicació no propicia la confiança. Per un altre costat, si la regulació és difícil de comprendre, en particular en relació amb els requisits d'emissió i les causes de denegació no es promou l'agilitat i la rapidesa en el reconeixement i l'execució de l'OEI⁷⁶.

⁷⁶ Bachmaier, L., "La propuesta de Directiva europea sobre la orden de investigación penal: valoración crítica de los motivos de denegación" *Deloitte*, volum 72, febrer 2013, p. 46 – 57, p. 56 i 57.

7 BIBLIOGRAFIA

Ormazabal, G., *La prueba penal en el espacio judicial europeo. Asistencia judicial y mutuo reconocimiento*, Actualidad Penal, núm.74, p. 5 – 42, 2010.

Ormazabal, G., *Espacio Penal Europeo y Mutuo Reconocimiento: perspectivas alemana y espanyola*. 1a ed. Madrid. Marcial Pons, 2006.

Bachmaier, L., “La propuesta de Directiva europea sobre la orden de investigación penal: valoración crítica de los motivos de denegació” *Deloitte*, volum 72, febrer 2013, p. 46 – 57.

Ruggeri, S. (coordinador), Schünemann, B., Rafaraci, T., Vogler, R., Allegrezza, S., Bachmaier, L., Belfiore, R., Autru, A., Grio, A., Arasi, A., Maggio, P., Foti, D., *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe: Developments in EU Legislation and New Challenges for Human Rights – Oriented Criminal Investigations in Cross – border Cases*. 1a ed. Nova York. Springer, 2014.

Martinez, E., “La orden de investigación europea: Las futuras complejidades previsibles en la implementación de la Directiva en España (I)” *La Ley Penal*, 106, gener – febrer 2014, 114 – 126.

Bachmaier, L., *European Investigation Order for obtaining evidence in the criminal proceedings: study of the Proposal for an European Directive*, *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik*, (ISSN: 1863 – 6470), p. 580 – 589.

Aparicio, A., *La Regulación de los delitos contra la hacienda pública y la seguridad social en el nuevo Código Penal: (artículos 305 a 310 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre)*. Valladolid. Lex Nova, 1997.

Corcoy, M. (directora), *Manual práctico de derecho penal: parte especial: doctrina y jurisprudència, con casos solucionados*. 2a ed. Valencia. Tirant lo Blanch, 2004.

Directiva 2014/41/CE del Parlament Europeu i del Consell de 3 d’abril de 2014, relativa a l’ordre europea d’investigació en matèria penal. (DOUE L, 130, 1-5-2014, p. 1 – 36).

Espanya. Llei 23/2014, de 20 de novembre, de reconeixement mutu de resolucions penals a la Unió Europea. (BOE, núm 282, 21-11-2014, 95515 – 95523).

8 WEBGRAFIA

Reforma penal. 2012. 9 maig 2015. <http://www.reformapenal.es/wp-content/uploads/2012/01/Delitos-Contra-el-Medio-Ambiente.pdf>

Uria. 1997. 9 maig 2015.

<http://www.uria.com/documentos/publicaciones/895/documento/nonbis.pdf?id=1997>