

Orden Europea de Investigación: régimen de sustitución de la medida solicitada

Coral Arangüena Fanego
Universidad de Valladolid

Sumario

-
La implementación de la Orden europea de investigación (OEI) representa un importante paso adelante en la construcción de un espacio único de libertad, seguridad y justicia al simplificar la obtención transnacional de pruebas en materia penal. En este artículo se analiza una de las previsiones específicas de la Directiva 2014/41/UE -el recurso por la autoridad de ejecución a una medida distinta de la solicitada por la autoridad de emisión- y su encaje en la Ley española de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE. Se trata de una importante disposición prevista para tres supuestos distintos: cuando la medida solicitada en la OEI no exista en el derecho nacional del Estado de ejecución o no esté prevista para un caso similar, o cuando pueda adoptarse otra medida diversa e igualmente eficaz pero menos coercitiva. El uso frecuente de esta previsión pone de relieve los retos que plantean las diferencias entre los sistemas jurídicos de los Estados Miembros; en particular los diferentes requisitos jurídicos de las medidas de investigación.

Abstract

-
The implementation of the European Investigation Order (EIO) represents a major step forward in the building up of a single Area of Freedom Security and Justice by simplifying the transnational gathering of evidence in criminal matters. In this paper the specific aspect of the Directive 2014/41/EU regarding the European Investigation Order will be analysed - recourse by executing authority to an alternative investigative measure than the one requested by the issuing authority - and how it has been incorporated in the Spanish Act on mutual recognition of judicial decisions in criminal matters in the European Union. This is an important provision applicable in three cases: where the investigative measure indicated in the EIO does not exist under the law of the executing State or it would not be available in a similar domestic case or where there is other investigative measure which would have the same result as the investigative measure requested. The frequent use of this provision highlights the challenges created by the different legal systems in the Member States; particularly the different legal prerequisites for investigative measures.

Title: *European Investigation Order: grounds for applying an alternative investigative measure other than that provided in the EIO..*

-
Palabras clave: *Orden Europea de Investigación; OEI; Prueba transnacional; medida de investigación*

Keywords: *European Investigation Order: EIO; Transnational Evidence; Investigative Measure*

-
DOI: 10.31009/InDret.2021.i1.13

1.2021

Recepción
12/06/2020

Aceptación
19/11/2020

Índice

-

1. Introducción

2. La sustitución de la medida solicitada: esquema de funcionamiento y soluciones equivalentes en otros instrumentos de reconocimiento mutuo basadas en razones justificativas similares

2.1. Esquema de funcionamiento

2.2. Precedentes

2.3. Razones justificativas

3. Reconocimiento de la OEI con sustitución de la medida: supuestos en que procede

3.1. Medida menos restrictiva de derechos fundamentales que la solicitada

3.2. Medida solicitada inexistente en la legislación española

3.3. Medida solicitada no prevista para un caso interno similar

4. Supuestos excluidos de la posibilidad de sustitución

5. Procedimiento para la sustitución de la medida

6. Reflexión final

7. Bibliografía

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional



1. Introducción *

La Directiva 2014/41/UE (DOEI, en adelante) supone el primer intento de regular a través de un instrumento unitario la obtención de pruebas trasfronterizas y de extender, también para este ámbito, los postulados del principio de reconocimiento mutuo.

El tránsito a este nuevo modelo no ha estado exento de dificultades, ya que la vigencia de diferentes sistemas penales y de distintos modelos de investigación en los Estados miembros, así como de diversos estándares de garantías y de diferentes regímenes de exclusión probatoria y control de admisibilidad, no permiten hablar fácilmente de reconocimiento mutuo y confianza recíproca en estas materias¹.

Conviene recordar aquí cuales son los límites del instrumento y las pretensiones de la Directiva². Tal y como indica el propio Preámbulo de la norma europea, su base jurídica es el art.82.1 TFUE –fomento de la cooperación judicial a través del reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales– pero no el art.82.2 TFUE que prevé la adopción de normas mínimas comunes sobre la “admisibilidad recíproca de las pruebas entre los Estados miembros”, que tengan en cuenta las diferentes tradiciones jurídicas nacionales. Como ha advertido la doctrina, los tiempos no estaban todavía maduros para acometer un paso de este tipo, siendo todavía demasiado fuertes las resistencias de los Estados miembros a ceder porciones de soberanía en un ámbito neurálgico y “sensible” como el de las pruebas penales. En dicho marco la orden europea de investigación (OEI, en adelante) representa no solo un instrumento mucho menos “invasivo” de reconocimiento mutuo³, sino también un instrumento “atemperado” por los perfiles típicos de la asistencia judicial⁴.

Y esto se proyecta sobre la naturaleza de la OEI que si bien se configura como un instrumento de reconocimiento mutuo articulado sobre la base de una resolución judicial, emitida (o validada) por una autoridad judicial de un Estado miembro para llevar a cabo en otro una o varias medidas de investigación con vistas a obtener pruebas destinadas a su incorporación a un proceso (art. 1), aparece matizada por principios propios de la asistencia judicial al contemporizarse con soluciones y razones de la ley del Estado de ejecución. En efecto, en su regulación la Directiva combina normas y principios propios del reconocimiento mutuo que ya se incluían en la Decisión Marco sobre el exhorto europeo de obtención de pruebas, con normas del Convenio de asistencia

* Autora de contacto: Coral Arangüena Fanego, coral.aranguena@uva.es. Trabajo realizado en el marco de diversos Proyectos y Grupos de Investigación: Plan Nacional I+D+i –Excelencia– Ministerio de Economía y Competitividad: “Garantías procesales de investigados y acusados: necesidad de armonización y fortalecimiento en el ámbito de la Unión Europea” –DER 2016-78096-P–; Junta de Castilla y León: “Sociedades seguras y garantías procesales: el necesario equilibrio” –VA-135-G18–; Generalitat Valenciana “Claves de la justicia civil y penal en la sociedad del miedo” –Prometeo 2018/2011–; Grupo de Investigación Reconocido, Universidad de Valladolid: “Garantías procesales y Unión Europea”; FEDER-Junta de Andalucía, UMA18-JA175: “Derechos y garantías de las personas vulnerables en el Estado del Bienestar”.

¹ GONZÁLEZ CANO (2019) pp.26-27.

² ARANGÜENA FANEGO (2019) pp.304-308

³ Por contraposición a la orden europea de detención y entrega.

⁴ KOSTORIS (2018 a) p.227; KOSTORIS (2018 b) p.104

judicial entre Estados miembros de la UE del 2000 procurando imprimir una cierta dosis de flexibilidad⁵, propia de los instrumentos convencionales.

Esto trae como consecuencia que el nuevo instrumento presente una naturaleza híbrida o mixta, que aúna caracteres propios del reconocimiento mutuo (especialmente en los aspectos relativos a la emisión) con otros propios de la asistencia judicial clásica⁶ (evidenciados básicamente en los aspectos referidos al reconocimiento y ejecución, con una generosa posibilidad de sustitución de la medida interesada e incluso de un cierto control –art.6.3 DOEI– por la autoridad de ejecución de su proporcionalidad y necesidad).

Nos centraremos en estas páginas, precisamente en el análisis de esta solución sustitutiva incorporada en la DOEI para su eficiente funcionamiento, supuesto de uso bastante frecuente en la práctica, según ponen de manifiesto las evaluaciones iniciales del funcionamiento del instrumento llevadas a cabo por la Red Judicial Europea⁷ y Eurojust⁸.

2. La sustitución de la medida solicitada: esquema de funcionamiento y soluciones equivalentes en otros instrumentos de reconocimiento mutuo basadas en razones justificativas similares

La OEI, precisamente por el carácter híbrido o mixto con que se configura, contiene exigencias y límites que le alejan de ser un genuino instrumento de reconocimiento mutuo, salvo para un concreto número de diligencias de investigación (enumeradas en el art.10.2 DOEI) que son de inexcusable ejecución y, por tanto responden a un reconocimiento mutuo pleno; mientras que, para el resto de las diligencias, las posibilidades de denegación y de sustitución son tan amplias que no permiten hablar en puridad de reconocimiento mutuo⁹.

Centrándonos en la solución sustitutiva, conviene hacer: (1) una rápida lectura de su regulación y un sucinto esquema de su activación y funcionamiento, para (2) detenernos brevemente sobre otros precedentes legislativos europeos que también han previsto una solución semejante por ser también similares (3) las razones que se hallan en su base.

2.1. Esquema de funcionamiento

Teniendo en cuenta ese punto de partida el esquema sobre el que se asienta el mecanismo de sustitución es el siguiente:

En principio y por regla general la autoridad de ejecución acordará el reconocimiento de la OEI y ejecutará la medida en ella solicitada.

⁵ Flexibilidad que, aunque acogida normalmente de manera positiva por la doctrina, encuentra también voces críticas, Así, por ejemplo, GARRIDO CARRILLO (2019) advierte de que «la necesidad de contemporizar distintos ordenamientos de los Estados miembros, recurriendo a la “flexibilidad”, y “proporcionalidad”, tampoco se puede convertir en válvula de escape, en una “cláusula de rigor” y corrección, que distorsione y mine el ordenamiento generando incertidumbre e imprevisibilidad»

⁶ Vid. en este sentido RUGGERI (2014) p.9; KOSTORIS (2018 a) p.321; KOSTORIS (2018 b) p.104.

⁷ EUROPEAN JUDICIAL NETWORK (2018)

⁸ EUROJUST (2018), EUROJUST/ EUROPEAN JUDICIAL NETWORK (2019), EUROJUST (2020).

⁹ Véase, al respecto MANGIARACINA (2018 a) p.125; LARO RODRÍGUEZ (2019) p. 801.

Se apartará de esta solución (dejando al margen los supuestos de denegación) en aquellos casos en que la medida solicitada no exista en su ordenamiento (recuérdese que nunca será alguna de las del 10.2 DOEI que siempre deben estar disponibles) o no exista para un caso similar pero sí cuente con otra que pueda sustituirla con idéntica efectividad. En tales casos y si la autoridad de emisión acepta el cambio propuesto, la de ejecución llevará a cabo esta otra medida ofrecida y sustitutiva de la inicialmente pedida. También puede recurrir a esta solución sustitutiva cuando a juicio de la autoridad de ejecución, aun disponiendo de la medida interesada, cuente con otra menos invasiva e igualmente eficaz para el objetivo pretendido en la OEI.

Se trata de un esquema de funcionamiento que no es novedoso, puesto que ya se había ensayado en otros instrumentos de reconocimiento mutuo precedentes, justificado en todos los casos en razones similares: procurar la eficacia del instrumento obteniendo la ejecución con una medida equivalente obviando los obstáculos derivados de la diversidad de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros¹⁰.

2.2. Precedentes

Detengámonos brevemente en los dos antecedentes más claros y significativos, el primero de los cuales – la denominada orden europea de vigilancia- fue aprobado bajo las normas pre-Lisboa y, por tanto, en el seno del tercer pilar (JAI), mientras que el segundo, ‘la orden europea de protección- constituyó a su vez el primero de los instrumentos de reconocimiento mutuo adoptados en el nuevo régimen de cooperación judicial comunitarizada, instaurado por el Tratado de Lisboa.

Comencemos con la conocida, en el argot europeo, como orden europea de vigilancia y, de modo más específico, por su acrónimo ESO (European Supervision Order), introducida por la Decisión marco 2009/829/ JAI de 23 de octubre de 2009 relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitutivas de la prisión provisional.

El esquema de partida es bastante similar al descrito anteriormente para la OEI: un catálogo mínimo de medidas que han de estar disponibles en la legislación de los Estados miembros (o, en terminología de la decisión marco, cuya vigilancia los Estados miembros se comprometen a asumir -art.8.1-) sin perjuicio de la posible adopción de otras (que en este caso aquí sí se enumeran -art.8.2-) que no necesariamente estarán disponibles en todos los Estados miembros, abriéndose la puerta a una posibilidad de sustitución (o adaptación) para cumplir con la petición de su vigilancia.

En la ESO es donde por primera vez aparece esta posibilidad de sustitución mediante el mecanismo de la “adaptación” por la autoridad judicial de ejecución de la medida de vigilancia acordada por la de emisión. Adaptación materializada en la adopción de otra medida similar, de semejante o menor intensidad, a la que se recurrirá “si la solicitada fuera, por su naturaleza, incompatible con el derecho del Estado de ejecución” (art.13.1 de la Decisión marco)

¹⁰ Y que, por motivos en parte coincidentes, también se ha recogido, por ejemplo, en el Reglamento (UE) 2017/1939 por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía europea (art.31.5 c y d)

Se introduce así también aquí un elemento de “flexibilidad” que resulta parcialmente justificado a la vista de las disparidades existentes en las regulaciones de los distintos Estados miembros, de modo que la autoridad de ejecución competente no resulta obligada a aplicar en todos los casos la misma medida de vigilancia acordada por la autoridad de emisión, disponiendo de un limitado margen discrecional de apreciación para adoptar cualquier otra que estime oportuna y resulte adecuada con arreglo a su Derecho nacional para infracciones equivalentes. Tal flexibilidad se atempera con la exigencia de que la medida de vigilancia sustitutiva no resulte más severa que la dictada en un principio (art.13.2 de la Decisión marco).

Al margen de la dificultad de precisar qué sea esta incompatibilidad por razón de la naturaleza¹¹ (en principio simplemente el no contar en el derecho interno con una medida idéntica a la acordada), debe tenerse en cuenta que la operatividad y/o admisibilidad de la medida sustitutiva está condicionada a que la autoridad de emisión la acepte, puesto que según establece el propio art.13. 3 de la Decisión marco (y su precepto espejo, art.117.2 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea – LRM–) ésta puede decidir “retirar el certificado” siempre y cuando no haya comenzado todavía la supervisión en el Estado de ejecución y se efectúe en el plazo de diez días tras recibir la comunicación ofreciendo la “adaptación”¹².

Mayor amplitud, todavía, se aprecia en la solución sustitutiva tratándose de las medidas de protección que pueden disponerse al amparo de una orden europea de protección (OEP) Una lectura de los arts. 9.1 y 11 de su norma reguladora¹³, pone de manifiesto que admite como modo ordinario de ejecutar la orden la adopción por la autoridad competente de ejecución y en virtud de lo dispuesto en su propio ordenamiento nacional, de cualquiera de las medidas que adoptaría en un caso análogo a iniciativa propia, a fin de garantizar la integridad y la seguridad de la persona protegida¹⁴.

Siguiendo la línea abierta por la ESO esta Directiva también introduce ese elemento de “flexibilidad” igualmente justificado a la vista de las disparidades existentes en las regulaciones “domésticas”, de modo que la autoridad competente del Estado de ejecución no estará obligada a aplicar en todos los casos la misma medida de protección acordada en el Estado de emisión, disponiendo de un margen discrecional de apreciación para adoptar cualquiera que estime oportuna y resulte adecuada con arreglo a su derecho nacional para un asunto similar, sean éstas de naturaleza penal, civil o administrativa. Tal flexibilidad en cuanto a la naturaleza jurídica de las medidas a disponer se atempera en esta ocasión con la exigencia de que la seleccionada deba corresponder “en la mayor medida posible a la medida de protección adoptada por el Estado de emisión” (art.9.2)

En definitiva, lo trascendente del reconocimiento de la orden europea de protección es que el Estado de ejecución acepta la existencia de unos hechos, la validez de la medida adoptada por

¹¹ Los Considerandos de la Decisión marco, muy reducidos, nada aclaran sobre esta cuestión.

¹² Para un mayor estudio de esta y otras cuestiones, permítaseme remitir a mis trabajos precedentes ARANGÜENA FANEGO (2010) pp.223-266 y ARANGÜENA FANEGO (2015 a) pp.207 y ss.

¹³ La Directiva 2011/99/UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011 sobre la orden europea de protección

¹⁴ De nuevo, y para un análisis más amplio de ésta y otras cuestiones, me remito a trabajos precedentes sobre la Directiva: ARANGÜENA FANEGO (2013) pp.327-351; ARANGÜENA FANEGO (2015 b) pp. 522 y 523.

otro Estado y conviene con éste en que ha de facilitar y mantener esa protección conforme a su derecho nacional.

2.3. Razones justificativas

Es común, por tanto, a las soluciones sustitutivas que operan en el marco de la ESO, de la OEP y también en el de la OEI, una flexibilidad calculada en aras de procurar que la ejecución tenga finalmente lugar.

Es cierto que esto produce, como es evidente, una relajación o rebaja de las exigencias propias de un correcto entendimiento del reconocimiento mutuo¹⁵. Pero no contar con ella conduciría a imposibilidad de ejecución; a frustrar el éxito de la cooperación judicial como con claridad indican tanto el art.10.5 de la DOEI como el art.206.5 LRM¹⁶.

Como se ha indicado por la doctrina, hasta que no se consiga un mayor nivel de armonización en este terreno, la solución ofrecida por la Directiva e incorporada a nuestra LRM contribuye a salvaguardar los principios de legalidad y de proporcionalidad de los distintos sistemas jurídicos nacionales¹⁷.

La justificación final del recurso a esta solución sustitutiva es, en todos los casos, la ya advertida necesidad de solventar los obstáculos debidos a la diversidad de sistemas procesales de los distintos Estados miembros, con sistemas de investigación distintos y también variadas y disímiles medidas de investigación. Deteniéndonos en la regulación de la OEI, se detectan de inmediato varias razones que abonan la previsión de esta solución puesta a disposición de la autoridad de ejecución, destacando entre ellas, la amplitud de medidas que pueden solicitarse al amparo de una OEI y la diversidad de procedimientos en que se puede hacer uso del instrumento.

En efecto, en primer lugar, recordemos que, en cuanto a las medidas aplicables, la OEI se extiende a todas las de investigación relativas a la cooperación judicial (no policial) tendentes a la obtención de prueba con independencia de la fase procesal en que se requieran (Considerando 25º y art.3 DOEI; arts.186.1 y 187.1 LRM¹⁸). El art. 2 DOEI que incorpora, como es tradicional, las

¹⁵ Véase sobre la referida «relajación» en relación con este instrumento, AGUILERA MORALES (2012) pp.10 y 11; BACHMAIER WINTER (2011a) pp. 71-93; BACHMAIER WINTER (2011 b) pp. 16 y ss. y MANGIARACINA (2018 a) p.125.

¹⁶ El Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de ley de transposición, de septiembre de 2017 (apartados 42 y 44) pone esta facultad/obligación de sustitución de la medida solicitada como uno de los ejemplos que evidencia la doble conciliación que se lleva a cabo en la DOEI entre la libre circulación de resoluciones en materia de realización de medidas de investigación y obtención de prueba penal transfronteriza, de un lado, y los principios esenciales y fundamentales de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, de otro; y, por otra parte, de conciliar el principio de reconocimiento mutuo y la salvaguarda de los principios y derechos fundamentales que rigen la obtención de prueba, no solo desde la perspectiva interna, sino también, y especialmente, desde la del ordenamiento europeo. Doble conciliación que se proyecta también sobre la fase de reconocimiento y ejecución de la medida, en tanto que, si bien el juicio de necesidad y proporcionalidad es propio de la autoridad del Estado de emisión, la autoridad de ejecución tiene un determinado margen de valoración tanto de la proporcionalidad de la medida objeto de la OEI, que se patentiza en los supuestos de sustitución de la medida restrictiva cuando no exista en un caso interno similar o exista otra menos restrictiva.

¹⁷ LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA (2020) p.158.

¹⁸ Ha de acudirse al art.187.1 LRM para deducir la admisibilidad de la emisión de OEIs en cualquier fase del procedimiento, aunque hubiera sido conveniente que se hubiera recogido de manera clara y expresa en el

definiciones básicas, omite sin embargo la de “medida de investigación” pese a constituir el núcleo central sobre el que gravita el instrumento y que además debiera haberse incorporado para su diferenciación respecto a las “medidas de aseguramiento” que también pueden constituir el objeto de la OEI. Por otra parte, y como ha sido advertido por la doctrina, si la necesidad de una mínima definición del concepto de medidas de investigación es una exigencia de la certidumbre y precisión jurídica que requiere el principio de legalidad, aquí se revela con mayor intensidad al manejarse por la Directiva un concepto amplio o genérico, que engloba también medidas restrictivas de derechos fundamentales¹⁹.

Ni la Ley ni la Directiva establecen una relación de diligencias de investigación o de prueba que puedan practicarse al amparo de una OEI. Parten del principio general de que cualquier diligencia de investigación puede ser objeto de ella²⁰ lo que *a priori* abre un abanico amplísimo de posibilidades de solicitud a su amparo. No se establece un *numerus clausus* de medidas de investigación, aunque sí un *minimum*²¹ de medidas que la Directiva indica (art.10.2) y que el art.207.1 LRM acoge en tanto deben estar disponibles en las legislaciones internas de los Estados miembros. Solución ésta que, al margen de los beneficios directos que, según veremos, conlleva en la facilitación de la ejecución de la medida, provoca además, de manera indirecta, un nada desdeñable efecto armonizador de las legislaciones procesales europeas²² siguiendo el ejemplo de otros instrumentos de reconocimiento mutuo, como la orden europea de vigilancia o la orden europea de protección, a los que nos hemos referido anteriormente.

Pero al margen de las medidas *privilegiadas*²³, por su preceptiva existencia en todos los Estados miembros y -según veremos- su general reconocimiento y ejecución, el catálogo de potenciales medidas solicitadas al amparo de una OEI es de extraordinaria amplitud y las posibilidades de que la medida interesada no esté prevista en la legislación del Estado de emisión o no esté prevista para un supuesto similar también son grandes. De ahí la necesidad de acudir a soluciones sustitutivas para lograr que el instrumento europeo logre su finalidad.

Además, y en segundo lugar, otra razón se suma a las que avalan la existencia del mecanismo de la sustitución: la amplitud de los procedimientos en que se admite la posibilidad de solicitar medidas de investigación, pues no se limita a los procesos penales en sentido estricto, sino que se extiende también a las diligencias preparatorias de los mismos e incluso a procedimientos administrativos de naturaleza sancionadora²⁴.

propio art.186 LRM como se recomendaba en el Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de ley por la que se modifica la ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, para regular la orden europea de investigación, emitido el 28 de septiembre de 2017.

¹⁹ Así lo advierte JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ (2016) §4350. Véase, asimismo, la crítica de MANGIARACINA (2018 a) p.120 y RUGGERI (2014) p.13.

²⁰ Al margen de las limitadas excepciones (equipos conjuntos de investigación, vigilancia transfronteriza, antecedentes penales) enunciadas en el art.3 y Considerando 9 de la Directiva.

²¹ En expresión de LÓPEZ JARA (2018).

²² O, como indica MANGIARACINA (2018 a) p.120, una “armonización en forma embrionaria”.

²³ En terminología acuñada por RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO (2016) p.347.

²⁴ Sobre la extensión del reconocimiento mutuo a este tipo de procedimientos y la necesidad de llegar a un concepto autónomo europeo de “procedimiento penal”, véase VERVAELE (2019) especialmente en su apartado 2: Rationale, scope and meaning of judicial cooperation based on mutual trust in relation :an autonomous concept of “criminal proceedings”?, pp.576-582.

En efecto, una lectura del art. 4 DOEI permite ver que la OEI es de aplicación en procedimientos por delito: esto es, procesos de carácter penal tramitados por autoridades judiciales (jueces y fiscales) frente a personas físicas o jurídicas [art. 4.a) y d)]. Pero también en procedimientos por “infracción de disposiciones legales” (hechos no delictivos); por tanto, procedimientos no penales de tipo administrativo sancionador, seguidos frente a personas físicas o jurídicas que tengan una dimensión penal por ser revisables ante autoridades jurisdiccionales en materia penal [art. 4.b), c) y d)].

Este supuesto que en España no resulta posible desde la vertiente activa (en cuanto las autoridades españolas no podrían emitir una OEI en procedimientos administrativos de tipo sancionador al ser este tipo de sanciones recurribles únicamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa), sí tiene operatividad desde la vertiente pasiva. De este modo las autoridades judiciales españolas de ejecución sí podrán ser requeridas para reconocer y ejecutar una OEI acordada en ese tipo de procedimientos (y así lo indica el art.186.2 LRM); pensemos por ejemplo en procedimientos administrativos de tipo sancionador seguidos frente a personas jurídicas en aquellos Estados miembros, como Italia o Alemania, que no prevén su responsabilidad penal. Más problemático resulta en cambio su requerimiento en relación con procedimientos de menor entidad (v.gr los referidos a multas de tráfico), pues la debida intelección del principio de proporcionalidad que ha de guiar la emisión de una OEI debería evitar recurrir a ella para tales casos menores²⁵.

3. Reconocimiento de la OEI con sustitución de la medida: supuestos en que procede

Partiendo de la base de que tanto en la DOEI como en la LRM el reconocimiento y ejecución de la medida solicitada constituye la regla general, el recurso a otra medida distinta puede considerarse una variante de ésta²⁶. Variante consistente en el reconocimiento de la orden, pero con sustitución de la medida de investigación interesada por otra análoga y/o menos restrictiva de derechos fundamentales que es la que se ejecutará, previa información a la autoridad de emisión que, ante tal solución, puede optar por retirar el certificado o completar la OEI.

Se trata de una sustitución que, en la legislación comunitaria, se prevé en tres supuestos diversos. Dos de carácter preceptivo (art.10.1) en que la sustitución ha de operar para salvar los obstáculos de estricta legalidad ordinaria (medida inexistente o regulada para supuestos diversos), derivados de las diferencias que median entre los ordenamientos jurídicos de los Estados

²⁵ Se trata de una cuestión que puede incidir negativamente en el correcto funcionamiento de la cooperación judicial bajo la vigencia del principio de reconocimiento mutuo, siendo objeto de denuncia y crítica por parte de la doctrina [v.gr. MUÑOZ DE MORALES (2020) pp.109 y 110] y de nuestros operadores jurídicos; valga como ejemplo la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2019 donde se hace eco de esta cuestión y se indica expresamente que “la proporcionalidad y el uso racional de medios escasos no justifica mantener estas infracciones, en muchos casos de ínfima importancia y de cuantía exigua, dentro de un sistema que persigue especialmente la lucha contra la delincuencia grave y organizada”. Como ya hemos indicado en otra ocasión [ARANGÜENA FANEGO (2019) p.322] habría que tomar en consideración las recomendaciones que se han efectuado tras la evaluación de otros instrumentos de reconocimiento mutuo (singularmente, de la euro orden) en el sentido de que el test de proporcionalidad debería valorar también hasta qué punto procede o no implicar a otro Estado miembro en la obtención de dicha prueba por medio de la emisión de una OEI.

²⁶ Así también VILLODRE LÓPEZ (2018).

involucrados en la cooperación²⁷; y uno facultativo (art.10.3) en que se permite a la autoridad de ejecución realizar un adicional control de proporcionalidad sobre la medida interesada para recurrir, en función de su resultado, a una medida menos invasiva. Los tres supuestos son también recogidos en la legislación española (art.206. 2 y 3) aunque unificando su naturaleza al dotar a todos ellos de carácter obligatorio²⁸.

Deteniéndonos en la regulación de la LRM, podemos observar cómo el art.206.1 LRM enuncia la regla general y, al tiempo, anticipa de manera indirecta dos de los supuestos en que se acudiría a la solución sustitutiva cuando indica que “la autoridad competente española llevará a cabo la ejecución de la medida de investigación solicitada *si dicha medida de investigación existiera en Derecho español y estuviera prevista para un caso interno similar*”.

A partir de aquí y a continuación se enuncian los casos en que se llevará a cabo, siempre con carácter preceptivo, la sustitución de la medida solicitada²⁹. Se crea con estas opciones una suerte de “segunda vía” cuyo objeto será el posibilitar la ejecución de la solicitud y de la prueba que con ella se pretende³⁰; en definitiva, una solución propiciada por el principio *pro cooperationis* que informa la regulación de la OEI.

3.1. Medida menos restrictiva de derechos fundamentales que la solicitada

En primer lugar (art.206.2 LRM), siempre que la medida sustitutiva consiga el mismo resultado por medios menos invasivos; esto es “mediante una medida de investigación menos restrictiva de los derechos fundamentales que la solicitada en la orden europea de investigación”, aplicándose aquí el componente del recurso a la alternativa menos gravosa propia del principio de proporcionalidad que informa la regulación de la OEI.

La norma española concreta así (medida menos restrictiva de derechos fundamentales) la previsión al respecto contenida en la DOEI que se refería simplemente a medidas menos invasivas³¹, traducida con manifiesto desacierto en la versión española que aludía a esta posibilidad de sustitución “cuando la medida de investigación elegida por la autoridad de

²⁷ Estos dos primeros supuestos han sido calificados por la doctrina como “generales”, por contraposición al particular o específico referido a la medida menos invasiva y/o más proporcionada (así ROMERO PRADAS (2019) pp.675 y 676.

²⁸ Los términos del art.206 LRM no dejan lugar a duda, lo que choca con los que se manejan en la *Guía sobre la orden europea de investigación* del Servicio de Relaciones internacionales del CGPJ (p.40) que parecen dar a entender un carácter potestativo en los tres supuestos.

²⁹ ARANGÜENA FANEGO (2017) pp. 933 y 934.

³⁰ Así LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA (2019) p.115.

³¹ Art.10.3 DOEI: The executing authority may also have recourse to an investigative measure other than that indicated in the EIO where the investigative measure selected by the executing authority would achieve the same result by less intrusive means than the investigative measure indicated in the EIO”. En la reunión organizada por Eurojust sobre la OEI en La Haya en septiembre de 2018 los participantes también discutieron el significado y el alcance del concepto “medida no coercitiva” del art.10 DOEI. De estos debates se concluyó que la mayoría de los Estados Miembros no tienen una definición de “medidas no coercitivas” en su legislación, sino que lo ven más bien como un “concepto común” definido en el lenguaje jurídico cotidiano que incorpora medidas que no afectan a los derechos fundamentales y que a menudo no requieren una orden judicial [EUROJUST (2018) y EUROJUST/EUROPEAN JUDICIAL NETWORK (2019) p. 12]

ejecución tenga el mismo resultado por *medios menos invasores de la intimidad*³² que la medida de investigación indicada en la OEI". No obstante, puede advertirse que la terminología de la LRM no es del todo unívoca ya que en el art.192, al referirse a esta posibilidad de sustitución, pero desde la vertiente activa (esto es, cuando, es la medida pedida en la OEI por la autoridad española, la que va a ser objeto de cambio) se refiere simplemente a *medida de investigación menos restrictiva que la solicitada* por la autoridad de emisión.

Esta diversidad conceptual en la propia LRM y la terminología manejada por la propia Directiva que, al margen del error de traducción, se refiere a medidas menos intrusivas o restrictivas, conduce a que en realidad la solución sustitutiva opere siempre que, en general, la medida propuesta resulta menos restrictiva de derechos que la solicitada³³. Más aún, con Gutiérrez Zarza consideramos que nada impediría, al amparo de este precepto, limitar el alcance de la medida de investigación solicitada cuando la autoridad judicial de ejecución la considere desproporcionada y tal limitación no impida obtener el mismo resultado por medios menos gravosos. Pensemos, por ejemplo, en el caso de una OEI en la que se soliciten la totalidad de los datos relativos a un dispositivo de almacenamiento masivo de información, limitando su concesión a los estrictamente necesarios para esa investigación concreta³⁴.

Al margen de la precisión indicada, hay que advertir que la solución española imponiendo la sustitución en el caso citado va más allá de la prevista en la DOEI que mencionaba este supuesto (art. 10.3) como meramente facultativo para la autoridad de ejecución³⁵; el carácter más tuitivo y garante de la legislación española se ha impuesto en este punto.

En este sentido, y como ha sido destacado por la doctrina, se articula un control adicional del principio de proporcionalidad en el Estado de ejecución, favorable a la protección de los derechos fundamentales, que no incide en la eficacia de la medida, por lo cual debe valorarse positivamente³⁶. De manera que, aunque la proporcionalidad de la medida de investigación es un requisito para la emisión de la OEI, cuya valoración corresponde a la autoridad de emisión (art.6 DOEI y art.189 LRM) y no a la de ejecución, se da aquí entrada a un control añadido a cargo de la de ejecución que ofrece una alternativa menos invasiva pero igualmente eficaz para el logro de los fines pretendidos.

Se ha hablado de que con esta previsión normativa se diseña un control fraccionado sobre la proporcionalidad, reforzada por la posibilidad de un debate entre la autoridad de ejecución y la de emisión, como resultado del cual esta última puede desistir de los términos iniciales de su propuesta³⁷.

No está de más recordar aquí que comprobar la proporcionalidad de una medida exige llevar a cabo un triple test, elaborado por la doctrina alemana aunque convertido hoy en patrimonio

³² Expresión que conducía a error al restringir injustificadamente la virtualidad del principio de proporcionalidad al derecho a la intimidad, lo que había sido objeto de crítica por la doctrina [v.gr. AGUILERA MORALES (2012) pp.17-18; DOMÍNGUEZ RUIZ (2019) pp. 12-13].

³³ Así, DE HOYOS SANCHO (2019) nota 89.

³⁴ GUTIÉRREZ-ZARZA (2018) p.326

³⁵ Lo que había sido objeto de crítica por un sector de la doctrina; así RAFARACI (2014) p. 41.

³⁶ BACHMAIER WINTER (2015) p. 23. En el mismo sentido ALLEGREZZA (2014) pp.63 y 64, JIMENO BULNES (2016) pp.47 y 48 y GARCIMARTÍN MONTERO (2017) p.48.

³⁷ MANGIARACINA (2018 b) pp.120 y 121.

común a nivel europeo³⁸ (art.52.1 CDFUE) para verificar: a) la idoneidad abstracta de la medida para conseguir un determinado fin; b) su carácter indispensable (estricta necesidad) para obtener el fin perseguido; c) la justificación del sacrificio que la medida impone a los derechos del investigado, encausado u otra persona afectada por la ejecución de la medida atendida la gravedad del delito y de la pena así como los requerimientos de investigación o prueba en el caso concreto (proporcionalidad en sentido estricto). Un juicio progresivo en tres etapas, cada una de las cuales presupone que ha sido resuelto en sentido positivo el juicio de la etapa precedente³⁹.

Mientras que el control de la idoneidad de la medida por ser una cuestión esencialmente de estricta competencia legislativa (en este caso de la UE)⁴⁰ no plantea mayores problemas, sí lo hacen las otras dos valoraciones al sumarse al inicial control que se confiere a la autoridad de emisión, este juicio adicional (estricta necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) que se confiere a la de ejecución de cara a sustituir la medida pedida.

La proporcionalidad en sentido estricto, que no define la DOEI ni tampoco explica de manera suficiente el Considerando 11, aludiría a la ponderación que ha de efectuarse entre la medida de investigación solicitada en relación con la gravedad del delito investigado, el grado de afección en la esfera individual de los sujetos afectados por su práctica [singularmente los derechos del investigado o encausado, como indica expresamente el art.189.1.a) LRM] y la inexistencia de una medida menos gravosa, pero de idéntica eficacia, alternativa a la que se solicita en la OEI.

Esta posibilidad de recurrir a una medida sustitutiva con base en este control de la proporcionalidad es bastante común en la práctica, siendo un caso frecuente la sustitución de la medida de entrada y registro domiciliario solicitada con vistas a la incautación de documentación de interés para la causa, por una orden de exhibición de la referida documentación⁴¹.

Con todo no hay que perder de vista los riesgos que la sustitución de la medida puede traer consigo cuando se opte por una menos coercitiva. No sólo por la admisibilidad en el Estado de emisión de la prueba obtenida en el de ejecución mediante la medida sustitutiva que, en principio y por ser menos incisiva, debería entrañar una menor problemática. También por las posibles consecuencias en la eficacia de la propia OEI, riesgos advertidos por Eurojust ya en su Informe a la Propuesta de Directiva donde abogaba por que la autoridad de ejecución tenga siempre disponible la posibilidad de ejecutar la medida contenida en la OEI si la menos intrusiva que pretendía obtener el mismo resultado finalmente no lo consigue. En el ejemplo indicado de la entrada y registro, si la autoridad de ejecución opta por no realizarla y se limita a requerir la documentación a la persona afectada, en el caso de que ésta no la aporte inmediatamente debe poder llevar a cabo la entrada y registro que se contenía originariamente en la OEI; de otro modo favorecerá que los documentos desaparezcan o sean destruidos⁴².

³⁸ En expresión de KOSTORIS (2018 c) p.14.

³⁹ KOSTORIS, *Ibidem*.

⁴⁰ Como indica DANIELE esto se deduce del art.52.1 CDFUE cuando indica que las limitaciones a los derechos fundamentales “deben estar previstas en la ley”, lo que significa que concierne, ante todo, a las normas de la UE enumerar las medidas de investigación susceptibles de adopción a través de indicaciones suficientemente claras, accesibles y previsibles. Lo que la DOEI realiza mediante una remisión a las medidas nacionales previstas por la *lex fori* y la *lex loci* [Veáse ampliamente sobre el funcionamiento del principio de proporcionalidad en la OEI: DANIELE (2018) pp.55-57; BACHMAIER WINTER (2011 b)].

⁴¹ Vid en EUROJUST (2020) pp.35 y 36 un ejemplo concreto sobre esta sustitución.

⁴² Documento 6814/11 de 4 de marzo de 2011.

3.2. Medida solicitada inexistente en la legislación española

Supuesto al que se refiere el art. 206.3 (primer inciso) LRM y que en principio -al menos en lo que se refiere a España como Estado de ejecución- puede resultar el de menor aplicación en la práctica, atendida la reforma operada en materia de medidas de investigación en 2015 que completa y mejora la obsoleta legislación con la que se contaba⁴³.

Cosa distinta puede suceder cuando es la autoridad española la solicitante de la medida, ya que algunas de las introducidas por la citada reforma llevada a cabo por ley orgánica 13/2015 [por ejemplo, los registros remotos sobre equipos informáticos de los arts. 558 septies a) a 588 septies c) LECrim] pueden ser desconocidas en otros ordenamientos jurídicos.

Aunque la solución sustitutiva está más que justificada en estos casos de inexistencia de regulación, dada la necesidad de recurrir a ella como único medio de permitir la cooperación, no está del todo exenta de problemas. Al margen del general que acompaña a todos los casos de sustitución y al que luego nos referiremos (ausencia de intervención de las partes), late siempre el riesgo de que la medida sustitutiva acordada por inexistencia de la interesada pueda plantear posteriormente algún problema en orden a la admisibilidad de la prueba con ella obtenida⁴⁴

3.3. Medida solicitada no prevista para un caso interno similar

Este supuesto al que se refiere el segundo inciso del art.206.3 LRM puede producirse en la práctica con mayor frecuencia que el anterior, puesto que abarca los casos en que la medida, aun estando regulada en el derecho nacional del Estado de ejecución, solo es aplicable legalmente en determinadas situaciones, por ejemplo cuando la medida de investigación está reservada a delitos de determinada gravedad⁴⁵, o sólo puede adoptarse frente a personas respecto de las cuales ya existe determinado nivel de sospecha, o con el consentimiento del interesado, según indica el Considerando 10 DOEI.

Pero también cuando se solicitan medidas de investigación respecto de personas jurídicas encausadas a la autoridad judicial de un país en el que no esté reconocida la responsabilidad

⁴³ Con todo, y según ha advertido la doctrina pese a la reforma indicada no están prevista en la legislación española de manera expresa las diligencias contenidas en los arts. 26 y 27 DOEI relativas a la obtención de información sobre cuentas y/u operaciones bancarias y financieras [Así JIMENO BULNES (2016) p.55, nota 93].

⁴⁴ Máxime cuando tras la STS de 23 de febrero de 2017 dictada en el caso *Falciani* (ECLI: ES:TS:2017:471) se ha superado o, al menos, matizado el tradicional “principio de no indagación” que ha venido rigiendo tradicionalmente en materia de prueba transnacional. Vid. sobre esta cuestión GASCÓN INCHAUSTI (2019) pp.31-66.

⁴⁵ Se han planteado problemas, por ejemplo, en el caso de una solicitud de vigilancia transfronteriza de personas que traficaban con drogas en un automóvil, así como la grabación de su conversación utilizando un micrófono en el automóvil. La vigilancia transfronteriza se concedió sin dificultad, pero la legislación del Estado miembro de ejecución tenía un umbral muy alto para la colocación de micrófonos en un automóvil y la medida solicitada casi nunca se había aplicado en ese país. Fue necesaria la intervención de Eurojust, que prestó apoyo con la traducción de documentos cruciales y facilitó la transmisión de información adicional pertinente, para que el tribunal competente del Estado miembro de ejecución aprobara finalmente la medida solicitada y la OEI pudiera ser ejecutada [EUROJUST (2020) p.10] sin necesidad de llegar a una sustitución o, lo que es más grave, a una denegación de esa medida interesada.

penal de la persona jurídica, aunque tampoco es descartable que en tales casos pueda toparse directamente con una denegación de la solicitud⁴⁶.

Igualmente, y por similar motivo, podría recurrirse a esta solución sustitutiva en aquéllos en que se solicita una medida de investigación en una OEI para infracciones de tipo administrativo sancionador. Sin perjuicio de admisibilidad de esta posibilidad al amparo de la regulación de la DOEI y que puede producirse cuando España actúa como Estado de ejecución, y sin perjuicio también de la vigencia del principio *pro cooperationis* que aconseja acudir a la medida sustitutiva en cuanto sea posible, no olvidemos que en casos en que realmente se vulnere la proporcionalidad y el uso prudente que debe guiar el empleo de estos instrumentos de cooperación, siempre queda la opción de denegar la medida al amparo de la causa de denegación regulada en el art. 11.1 c) DOEI (que la medida de investigación solicitada no estuviese autorizada con arreglo al derecho del Estado de ejecución para un caso interno similar), y en el art.207.1 g) LRM.

4. Supuestos excluidos de la posibilidad de sustitución

Como se ha adelantado, la posibilidad de sustitución prevista en la DOEI y en la LRM no se aplicará a las medidas privilegiadas enumeradas en el art. 10.2 DOEI y 206.1 LRM, que siempre tienen que existir en el Derecho nacional del Estado de ejecución:

- a) la obtención de información o de pruebas que obren ya en poder de la autoridad de ejecución siempre que, de conformidad con el Derecho nacional del Estado de ejecución, esa información o esas pruebas hubieran podido obtenerse en el contexto de un procedimiento penal o a los fines de la OEI;
- b) la obtención de información contenida en bases de datos que obren en poder de las autoridades policiales o judiciales y que sean directamente accesibles a la autoridad de ejecución en el marco de un procedimiento penal;
- c) la declaración de un testigo, un perito, una víctima, un investigado o acusado o un tercero en el territorio del Estado de ejecución;
- d) cualquier medida de investigación no invasiva definida con arreglo al Derecho nacional del Estado de ejecución;
- e) la identificación de personas que sean titulares de un número de teléfono o una dirección IP determinados.

⁴⁶ Vid. sobre esta cuestión VILLODRE LÓPEZ (2018) quien recuerda que al no estar armonizada la responsabilidad penal de las personas jurídicas de forma general sino tan solo sectorialmente o por materias (lucha contra el fraude que afecte a los intereses de la UE, ataques contra sistemas de información, trata de seres humanos o protección penal del euro y otras monedas frente a la falsificación), el problema se planteará cuando el Estado requerido no tenga reconocida la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la orden no tenga por objeto alguno de los meritados delitos y no es descartable en estos casos la denegación.

No nos detendremos en el análisis de cada uno de estos supuestos, cuestión sobre la que hay excelentes estudios⁴⁷, pero sí haremos unas mínimas consideraciones sobre los limitados márgenes que tiene la autoridad de ejecución competente ante su petición., dado el régimen especial del que gozan. Adviértase, por cierto, que en el caso de que España sea Estado de ejecución, todos los supuestos entran dentro de la competencia del MF⁴⁸.

El art.206.1 LRM lo expresa con meridiana claridad cuando, tras proclamar la regla general en la materia (llevar a cabo la ejecución de la medida solicitada si existiera en derecho español y estuviera prevista para un caso interno similar), indica que “En particular, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente (207, causas de denegación), la autoridad competente ordenará la ejecución *en todo caso* si la medida de investigación solicitada fuera alguna...” de las privilegiadas que a continuación procede a enumerar.

Con esta expresión- ordenará la ejecución *en todo caso*- se pone de manifiesto que respecto de ellas no operará, en principio, el control de legalidad y proporcionalidad⁴⁹ y asimismo, y en lo que aquí ahora nos interesa, la imposibilidad de sustitución por la autoridad de ejecución española de haberse interesado alguna de las medidas del elenco. En nuestra opinión, la imposibilidad es absoluta sin que se pueda excepcionar su adopción recurriéndose a otra medida menos invasiva como sí parece en cambio permitir el régimen general de la DOEI⁵⁰ atendida la lectura de los apartados 1-3 del art.10⁵¹.

Ahora bien, que sean medidas que deban existir necesariamente en las legislaciones, lo que impide su sustitución, no excluye que puedan dar lugar a una denegación del reconocimiento pedido invocando algunos de los motivos de denegación. El precepto indicado (206.1 LRM) al igual que el art.10.2 DOEI dejan a salvo expresamente la aplicación de los motivos de denegación (art.207 LRM y 11 DOEI). Concretamente pueden esgrimirse frente a las medidas privilegiadas cualesquiera de los motivos de denegación previstos en el art.207 LRM (y 11 DOEI), excepción

⁴⁷ Vid., por todos, RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO (2016) pp. 348-354. Asimismo, el examen crítico de RUGGERI (2014) pp. 18-20.

⁴⁸ Según advierte JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ (2016) § 4522

⁴⁹ Como se indicaba en el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto (apartado 154) esta afirmación debe tomarse con reservas, pues el control de la proporcionalidad de estas medidas cabe con claridad respecto de la primera (la obtención de información o pruebas ya existentes siempre que, conforme al Derecho interno, pudieran haberse obtenido en el contexto de un procedimiento penal o a los fines de la OEI).

⁵⁰ La indefinición de la norma europea en este punto ha sido objeto de interpretaciones dispares, aunque, con BACHMAIER, consideramos que el objetivo que el art.10.2 DOEI persigue es que la ejecución de estas medidas no esté sujeta a ningún tipo de prueba de proporcionalidad, a pesar de las diferencias que puedan existir sobre su concreta regulación en las leyes del Estado emisor y del Estado ejecutor. Por ella esta autora propone como Buena Práctica (61) la siguiente: Respecto de las medidas enumeradas en el art. 10.2 DOEI se concederá la ejecución de la OEI sin someterla a ninguna prueba de proporcionalidad, siempre que se cumplan los demás requisitos formales [BACHMAIER WINTER (2019) pp.87 y 88].

⁵¹ El apartado 1) del art.10 DOEI establece los supuestos en que es imperativa la sustitución de la medida (por inexistente o por estar prevista su adopción para un supuesto diverso), mientras que el apartado 2) establece la imposibilidad de aplicar la solución sustitutiva del apartado 1) para las medidas privilegiadas que enumera. El apartado 3) a continuación y de forma, por tanto, separada prevé la posibilidad facultativa de acudir a la sustitución en los casos en que se disponga de una medida similar, igual de efectiva pero menos invasiva. De ahí que, por ejemplo, RODRÍGUEZ-MEDEL (2016) p.349 al analizar esta regulación de la Directiva indique que estas medidas privilegiadas en principio no deben ser sustituidas, característica que las acompaña pero que tiene la excepción de que se obtenga el resultado por medios menos invasores de la intimidad.

hecha de las relativas a la doble tipificación de la conducta (arts.207.1 e y 11.1 g DOEI) o a que la medida de que se trate esté reservada para determinadas categorías de delitos o para delitos que alcancen un determinado umbral punitivo (arts. 207.1.f y art.11.1.h DOEI).

Pero el resto de causas de denegación permanece operativo por lo que, por ejemplo, y como indicaba el Consejo Fiscal en su Informe de 2017 al Anteproyecto de ley de transposición de la DOEI⁵², hay que entender que se permite la denegación de la práctica de estas medidas al menos en el caso de los procedimientos administrativos, tal y como prevé el art.11. 1 c) DOEI, con la finalidad de evitar en España abusos de solicitud de medidas de investigación en relación con infracciones administrativas.

5. Procedimiento para la sustitución de la medida

El procedimiento a seguir para recurrir a medidas alternativas a las interesadas en la OEI es similar con independencia del motivo que lo justifique, aunque apenas se encuentra esbozado en sus líneas generales en la DOEI (art.10.4) sin que la LRM, por su parte, aclare mucho más al regular la cuestión de manera algo asistemática y un tanto asimétrica poniendo más interés en las consecuencias derivadas de la sustitución cuando la autoridad española actúa como autoridad de emisión, que cuando lo hace como autoridad de ejecución proponiendo el cambio.

Soslayando esta falta de sistemática, haremos una lectura conjunta de lo previsto en los arts. 190 y 192 LRM (ubicados en la emisión) y 206.4 y 206.5 LRM (ubicados en ejecución), para deducir el procedimiento a seguir.

Tomando como punto de partida el art. 10.4 DOEI, es preceptivo que cuando la autoridad de ejecución decida hacer uso de las posibilidades de sustitución que le confiere el precepto, informe en primer lugar a la autoridad de emisión, la cual podrá decidir retirar o completar la OEI. La LRM, por su parte, recoge una previsión similar en el art.206.4 para el caso de que la autoridad española actúe como autoridad de ejecución mientras que, cuando lo hace como autoridad de emisión, son los arts.190 y 192 los aplicables.

Como hemos analizado anteriormente, la valoración por la autoridad de ejecución de la opción sustitutiva ha de llevarse a cabo siempre que la medida solicitada no sea una de las privilegiadas. Y los datos con los que cuenta para llevar a cabo tal valoración son, por un lado, la confrontación de la petición contenida en la OEI con su derecho interno y, por otro, el test de proporcionalidad aplicado a la medida solicitada.

Como resultado del citado examen surge la propuesta de medida sustitutiva de la cual se deberá informar sin dilación a la autoridad de emisión, procurando no apurar el plazo de 30 días desde la recepción de la OEI que establece con carácter general para el reconocimiento el art.12.3 de la DOEI y 208.1.II LRM.

La previsión de la información a la autoridad de emisión tiene como fundamento que ésta se pueda pronunciar a efectos de la admisibilidad de la prueba que se pueda obtener con las medidas

⁵² Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de ley de transposición, de 20 de septiembre de 2017, p. 52.

sustitutivas a las que propone acudir la autoridad de ejecución⁵³. Y, previa consulta con la de ejecución y analizada la propuesta y las consecuencias derivadas, decida finalmente optar por retirar, modificar o completar la orden europea de investigación. Es evidente que uno de los inconvenientes que la solución sustitutiva entraña es precisamente el de la potencial inadmisibilidad o ineficacia de la prueba obtenida mediante la medida alternativa; de ahí la importancia del diálogo entre las autoridades implicadas.

Ni la DOEI ni la LRM añaden nada sobre el contenido o la extensión de este procedimiento de consulta. JIMÉNEZ-VILLAREJO⁵⁴ aconseja explorar y explotar las posibilidades del recurso al contacto directo entre las autoridades involucradas que propicia y fomenta la Directiva y que está presente en esta posibilidad de escoger otras diligencias alternativas por parte de la autoridad de ejecución en contacto o comunicación directa, permanente y bidireccional con la autoridad de emisión, consultándole dicha decisión a fin de procurar que no tendrá consecuencias imprevistas en términos de admisibilidad de prueba y del resultado a conseguir.

En ese sentido, aunque el art.10.2 DOEI establece una obligación de informar a la autoridad de emisión, para que esta valore la posibilidad de retirar la OEI, no queda excluida a la misma otra posibilidad, como es la de revisar la OEI asesorando a la autoridad de emisión en la elección de otra clase de medida. La LRM parece abonar esta solución cuando, situada en la vertiente de emisión, indica en el art.190.1 a) que la autoridad española competente podrá solicitar a la autoridad de ejecución que le informe sin dilación si considera que en la ejecución de la orden europea de investigación puede ser oportuno llevar a cabo otras medidas de investigación no previstas en la orden, a fin de que dicha autoridad de emisión (esto es, la española) pueda adoptar nuevas medidas en el caso de que se trate.

Ni la DOEI ni la LRM determinan, específicamente, la forma en que se ha materializar este deber de información si bien acudiendo a las reglas generales manejadas en el art. 16 DOEI en sus apartados 2) y 3) y en el art.18 LRM todo parece indicar la necesidad de emplear cualquier medio que pueda dejar constancia escrita. Nada impediría, por lo demás, que, de ser posible, se recurra con carácter previo a un contacto telefónico, que al margen de su agilidad facilita con mayor amplitud el debate y la resolución de dudas para tratar de alcanzar la mejor solución⁵⁵.

Sí fija la ley española un plazo para que, tras el procedimiento de consulta abierto, la autoridad de emisión pueda tomar la decisión de retirada o modificación de la OEI, ejecutándose en otro caso directamente la medida sustitutiva propuesta, jugando la falta de respuesta como un supuesto de aceptación tácita. Se trata de un plazo de 10 días, que se revela acertado en atención a la seguridad jurídica y en aras a favorecer la ejecución de la OEI al hallarse en consonancia con

⁵³ En este sentido ROMERO PRADAS (2019) pp.676-677.

⁵⁴ JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ (2016) § 4520. Asimismo, BACHMAIER WINTER (2019), § 251 y RODRÍGUEZ GARCÍA (2019) p .501

⁵⁵ Véase, en este sentido, la *Guía sobre la Orden Europea de Investigación*, elaborada por el Servicio de Relaciones Internacionales del Consejo General del Poder Judicial, actualizada a 30 de mayo de 2019, que en su p.39 pone precisamente como un ejemplo propicio para acudir a la comunicación directa entre las autoridades implicadas el caso en que la autoridad judicial de ejecución tenga dudas de que la medida de investigación solicitada sea necesaria y proporcional.

el principio *pro cooperationis* que la informa⁵⁶, aunque ha sido considerado demasiado breve por algunos operadores jurídicos, expertos en cooperación judicial⁵⁷.

Precisamente para evitar demoras innecesarias en las consultas entre la autoridad de ejecución y la autoridad emisora, se ha identificado como una práctica óptima la de que la autoridad de emisión indique directamente en la propia OEI que pueden utilizarse medidas menos intrusivas que conduzcan al mismo resultado⁵⁸.

Sorprende que en estas escuetas normas que disciplinan el procedimiento de sustitución no haya mención alguna a la posible participación de partes “privadas” en este trámite sustitutivo.

La Directiva guarda silencio y también lo hace la LRM pareciendo que sólo hay lugar para un único diálogo: el que se establece entre las autoridades implicadas.

No olvidemos, sin embargo, que la OEI además de *ex officio*, también puede haberse emitido a instancia de parte. En el caso de España, de cualquiera de las partes personadas – art.189.1 LRM-; (no sólo de la defensa, como admite el art.1.3 de la Directiva)⁵⁹. Y, como es fácil colegir, sea cual fuere la parte que haya solicitado la medida, a ésta no le resultará indiferente que la pedida se vea sustituida por otra que puede considerar insuficiente o inidónea para la defensa de sus intereses. Su audiencia deviene necesaria para manifestar su opinión al respecto y permitir a la autoridad de emisión decidir en último término si admite la sustitución propuesta u opta por retirar el certificado.

Por lo demás, y desde la vertiente del derecho a la contradicción, recordemos que, salvo en los supuestos legítimos de secreto, debería ofrecerse al encausado la posibilidad de intervenir, por sí o a través de un abogado o representante, en el desarrollo de la ejecución en el extranjero de la medida sustitutiva que se hubiere acordado, cuando se trate de medidas de obtención de prueba que, por su propia naturaleza, admitan su participación (v.g., al tomar declaración a un testigo)⁶⁰.

Dos consideraciones finales en relación con el procedimiento indicado.

La primera, referida al sentido y/o contenido de la resolución que adoptará la autoridad de ejecución cuando se enfrente a alguno de los tres supuestos ya analizados que posibilitan la sustitución.

Aunque por regla general tal decisión será la de acordar la medida alternativa comunicándoselo así a la de emisión para que acepte (expresa o tácitamente) tal proposición o, en su caso, retire o complete la orden, cabe una solución diversa: la denegación directa. Tal situación podría

⁵⁶ Así TINOCO PASTRANA (2018)

⁵⁷ Vid. Conclusiones de la Red Judicial Europea sobre la OEI [EUROPEAN JUDICIAL NETWORK (2018)] en cuyo apartado 7 se indica que algunos Puntos de Contacto consideraron el plazo de la legislación española demasiado corto.

⁵⁸ EUROJUST/ EUROPEAN JUDICIAL NETWORK (2019) p.12.

⁵⁹ Vid. ARANGÜENA FANEGO (2017) pp.925 y 926

⁶⁰ Vid. GASCÓN INCHAUSTI (2019) p.61. También SCHÜNEMAN (2014) p.163 recordando que las exigencias del proceso equitativo no pueden ser obviadas porque el proceso tenga una dimensión transnacional.

producirse en los supuestos calificados por un sector de la doctrina como *generales*⁶¹ puesto que, según ponen de manifiesto tanto la norma europea (art. 10.5 DOEI) como la nacional (art. 206.5 LRM), es posible que en el Estado de ejecución no exista ninguna otra medida de investigación con la que se pueda obtener el mismo resultado que con la solicitada, en cuyo caso, “la autoridad de ejecución notificará a la autoridad de emisión que no ha sido posible proporcionar la asistencia requerida”. Constituye un ejemplo de reconocimiento de la OEI y no ejecución de la medida por no ser posible llevar a cabo la que se ha solicitado ni su sustitución por otra con análogos efectos⁶².

Una última consideración relativa a las autoridades involucradas en este procedimiento de sustitución atendida la LRM y analizado desde la vertiente activa (emisión) y pasiva (ejecución)

Si nos situamos en la posición de la autoridad de emisión, en España, por el juego de competencias recogido en el art.187 LRM entre autoridades jurisdiccionales y Ministerio Fiscal⁶³, parece claro que los casos potencialmente más frecuentes de sustitución estarían referidos a las medidas solicitadas por las primeras. Y ello por dos motivos; por una parte, porque estas autoridades en nuestro sistema son las encargadas además del enjuiciamiento (y recordemos que en esta fase también se pueden emitir OEIs) de la instrucción, siendo en el momento actual un tanto residual la competencia del Ministerio Fiscal en esta materia (al margen de determinados procesos especiales y de la actuación de Fiscalías especializadas). Pero además, y especialmente, porque cualquier medida invasiva y/o restrictiva de derechos fundamentales está reservada en todo caso a las autoridades jurisdiccionales y dichas medidas, es evidente, son las que pueden plantear más motivos para su sustitución atendida la literalidad del art.10 de la Directiva y de su Considerando 10º.

Desde la óptica de la autoridad de ejecución, la situación es bastante diversa y algo más compleja, atendida la regulación del citado art. 187 LRM que, recordemos, ha optado por un modelo dual y distribuye la competencia para la ejecución entre Jueces y Fiscales en función, básicamente, de que la medida de investigación cuya ejecución se solicita sea limitativa o no de derechos fundamentales. Aquí serán los Fiscales los que, mayoritariamente, hagan uso del mecanismo de sustitución que comentamos.

Máxime cuando el ámbito competencial del Fiscal es potencialmente de enorme amplitud ya que además de poder reconocer y ejecutar las medidas solicitadas no limitativas de derechos fundamentales, entre las que están incluidas todas las privilegiadas, se le confiere la posibilidad de sustitución de la medida que sí lo sea (limitativa), por otra que no lo sea sin más limitación que la derivada de la inclusión expresa en la solicitud recibida de que la medida de investigación deba ser ejecutada por un órgano judicial [art.187.2.b) LRM]⁶⁴.

⁶¹ Así ROMERO PRADAS (2019) p.678.

⁶² Así RODRIGUEZ-MEDEL NIETO (2016) p.408.

⁶³ Para un análisis más detallado permítaseme remitir a ARANGÜENA FANEGO (2019) pp.315-320. Asimismo, AGUILERA MORALES (2019) p.459.

⁶⁴ Solución no exenta de controversia pues mientras para algunos es acertada, en la medida en que sirve de filtro a la innecesaria intervención del Juez de Instrucción respecto de medidas de investigación que no le estén legalmente reservadas [así JIMÉNEZ-VILLAREJO (2016) § 4522] otros lo consideran una invasión de la competencia sobre tales medidas que en nuestro ordenamiento están reservadas en exclusiva al órgano jurisdiccional [JIMÉNEZ CRESPO, (2017) pp. 8 y 9].

De los términos del art.187.2. b) LRM queda claro que de contener la OEI varias medidas de investigación, basta que alguna de ellas sea limitativa de derechos fundamentales (y no susceptible de sustitución por otra que no lo sea) para que el Ministerio Fiscal deba remitir la OEI al órgano judicial para que sea éste quien proceda a su reconocimiento y ejecución, en su caso, previa sustitución. No obstante, atendiendo a los datos que suministra la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2019, se observa un número escaso de OEIs en las que se solicitan diligencias que afectan a derechos fundamentales y que deben ser remitidas a los Juzgados: 151 órdenes, número que no llega ni al 10 % del total.

6. Reflexión final

Son muy frecuentes los casos en que se recurre al procedimiento de sustitución de la medida solicitada en la OEI.

El uso habitual de esta posibilidad habilitada por la Directiva pone de relieve los problemas para la fluida cooperación judicial que se derivan de la diversidad de ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros; en particular los diferentes requisitos para la adopción de medidas de investigación. En una reunión sobre la OEI organizada por Eurojust en septiembre de 2018⁶⁵, uno de sus participantes describió gráficamente la situación como un esfuerzo diario para decidir hasta dónde es posible llegar atendidas las diferencias que median con el ordenamiento jurídico del otro Estado Miembro⁶⁶ con el fin de poder prestar la cooperación.

Si bien en muchos casos las diferencias se superan con relativa facilidad y se encuentran soluciones como resultado del procedimiento de consulta y el contacto directo entre las autoridades competentes involucradas, también ha habido otros casos en que tales procedimientos amenazaron con estancarse. Las dificultades añadidas por la multiplicidad lingüística en la UE tampoco facilitan, precisamente, esta deseable comunicación directa que simplifica el poder alcanzar soluciones sustitutivas satisfactorias.

Sin perjuicio de que en casos especialmente complejos, delicados y/o urgentes, pueda ser conveniente recurrir a Eurojust para encontrar una solución equilibrada y jurídicamente sólida⁶⁷, el reconocimiento mutuo debería fluir con mayor agilidad y no perder de vista que el recurso a la sustitución de la medida debería entenderse siempre como una herramienta al servicio de la cooperación para propiciar ésta salvando los obstáculos derivados de la diversidad legislativa existente en los ordenamientos nacionales, pero nunca como una excusa para truncarla o para imponer soluciones alternativas propias del ordenamiento interno en aquellos casos en que realmente no sea indispensable.

⁶⁵ EUROJUST (2018) p.11.

⁶⁶ Ilustran muy bien las diferencias indicadas de sistemas procesales los trabajos de JIMENO BULNES (2013) pp.207 y ss. y NIEVA FENOLL (2019) pp.436 y ss.

⁶⁷ Y la consulta a las Memorias de Eurojust de los años 2017, 2018 y 2019 evidencian un significativo número de casos en que Eurojust ha prestado su apoyo. Baste señalar que en el año 2019 el número de casos abiertos ha sido de 2.146 OEI (de ellos 1423 nuevos) frente a 1277 OEDE (de ellos, 703 nuevos)

7. Bibliografía

Marien AGUILERA MORALES (2012), “El exhorto europeo de investigación: a la búsqueda de la eficacia y la protección de los derechos fundamentales en las investigaciones transfronterizas”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, nº 2145, agosto.

Marien AGUILERA MORALES (2019), “Capítulo XXIV: Nuevas competencias para el Ministerio Fiscal con ocasión de la Orden europea de investigación”, en González Cano, I., (directora), *Orden Europea de Investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 455 y ss.

Silvia ALLEGREZZA (2014) “Collecting Criminal Evidence Across the European Union: The European Investigation Order Between Flexibility and Proportionality”, en S. Ruggeri (editor), *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe*, Springer, págs. 51 y ss.

Coral ARANGÜENA FANEGO, (2010), “De la orden europea de vigilancia, al reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales sobre medidas sustitutivas de la prisión provisional: primera aproximación a la Decisión marco 2009/829/JAI del Consejo”, en Arangüena Fanego, C. (directora), *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*, ed. Lex Nova, Valladolid, págs.223 y ss.

Coral ARANGÜENA FANEGO (2013), “Eficacia transnacional de las medidas de protección y de vigilancia”, en De Hoyos Sancho, M. (dir), *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 323 y ss.

Coral ARANGÜENA FANEGO (2015 a), “Reconocimiento mutuo de medidas alternativas a la prisión provisional: análisis normativo”, en Arangüena Fanego, De Hoyos Sancho y Rodríguez-Medel Nieto (dirs), *Reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, págs.207 y ss.

Coral ARANGÜENA FANEGO (2015 b), “Emisión y ejecución en España de órdenes europeas de protección”, *Revista de Derecho Comunitario europeo*, núm. 51, mayo/agosto, págs.491-535, disponible en <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rdce.51.02>.

Coral ARANGÜENA FANEGO (2017), “Orden Europea de Investigación: próxima implementación en España del nuevo instrumento de obtención de prueba penal transfronteriza”, *Revista de derecho Comunitario Europeo*, núm. 58, septiembre/diciembre, págs, 903-937, disponible en <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.58.03>

Coral ARANGÜENA FANEGO (2019), “Capítulo XIV: Orden europea de investigación: aspectos generales del nuevo instrumento de obtención de prueba penal transfronteriza”, en González Cano, I., (directora), *Orden Europea de Investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 298 y ss.

Lorena BACHMAIER WINTER (2011 a), “La Orden Europea de Investigación: la propuesta de Directiva europea para la obtención de pruebas en el proceso penal”, *REDE* núm. 37 (enero-marzo).

Lorena BACHMAIER WINTER (2011 b), “La orden europea de investigación y el principio de proporcionalidad”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 25.

Lorena BACHMAIER WINTER (2015), “Prueba transnacional en Europa: la Directiva 2014/41 relativa a la orden europea de investigación”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 36.

Lorena BACHMAIER WINTER (2019), *Code of Best Practices. Proposal for 100 Best Practices for European Coordination on investigative measures and evidence gathering*.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. SERVICIO DE RELACIONES INTERNACIONALES (2019) *Guía sobre la Orden Europea de Investigación*, actualizada a 30 de mayo.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2017), *Informe sobre el Anteproyecto de ley por la que se modifica la ley 23/2014 de Reconocimiento Mutuo de resoluciones judiciales en el UE para regular la orden europea de investigación*, de 28 de septiembre.

Marcelo DANIELE (2018), “I chiaroscuri dell’OEI e la busola della proporzionalità”, en *Is there a Right to an Immoral Trade Mark?*, en Daniele, M. y Kostoris, R., *L’ordine europeo di indagine penale*, Ed. G.Giappichelli, Torino.

Montserrat DE HOYOS SANCHO (2019), “La orden europea de investigación: reflexiones sobre su potencial efectividad a la vista de los motivos de denegación del reconocimiento y ejecución en España”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 47.

Lidia DOMINGUEZ RUIZ (2019), *La orden europea de investigación. Análisis legal y aplicaciones prácticas*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

EUROJUST (2020), *Report on Eurojust’s casework in the field of the European Investigation Order*, EIO Report (2017-2019), November 2020.

EUROJUST (2018), *Outcome Report of the Eurojust meeting on the European investigation order*, Brussels, 20 December 2018 (15735/18).

EUROPEAN JUDICIAL NETWORK (2018), *Conclusions 2018 on the European Investigation Order*, Brussels, 7 December 2018, (14755/18).

EUROJUST/ EUROPEAN JUDICIAL NETWORK (2019), *Nota conjunta— Eurojust/RJE en relación con la aplicación Práctica de la OEI*, Junio de 2019.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. CONSEJO FISCAL (2017), *Informe del Consejo al anteproyecto de ley por la que se modifica la ley 23/2014 de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales penales en la unión europea, para regular la orden europea de investigación*, de 20 de septiembre.

Regina GARCIMARTÍN MONTERO (2017), “The European Investigation Order and the respect for Fundamental rights in Criminal investigations”, *Eucrim*, núm. 1.

Francisco Javier GARRIDO CARRILLO (2019), “Insuficiencias y limitaciones de la orden europea de investigación (OEI)”, *Revista de Estudios Europeos*, núm. extraordinario monográfico, 1-2019, 206-224 <http://www.ree-uva.es/>

Fernando GASCÓN INCHAUSTI (2019), “La eficacia de las pruebas penales obtenidas en el extranjero al amparo del régimen convencional: apogeo y declive del principio de no indagación”, en González Cano, M.I. (dir.): *Orden Europea de Investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 31 y ss.

María Isabel GONZÁLEZ CANO (2019), “Presentación”, en González Cano, M.I. (dir.): *Orden Europea de Investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 25 y ss.

Ángeles GUTIÉRREZ ZARZA (2018) “La protección de las personas físicas en lo que respecta a su derecho a la intimidad y los datos personales por las autoridades de emisión y ejecución de las órdenes europeas de investigación”, en Arangüena Fanego, C. y De Hoyos Sancho, M., *Garantías procesales de investigados y acusados. Situación actual en el ámbito de la UE*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Luis Miguel JIMÉNEZ CRESPO (2017) “La orden europea de investigación”, *Acta Única-Revista AJFV*, diciembre, núm. 3.

Francisco JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ (2016) “Capítulo XII Orden Europea de Investigación”, en *Memento Experto Cooperación jurídica penal internacional*, Ed. Francis Lefebvre, Madrid.

Mar JIMENO BULNES (2019), “Capítulo XXXV: La prueba transfronteriza y su incorporación al proceso penal español”, en González Cano, M.I. (dir.): *Orden Europea de Investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 718 y ss.

Mar JIMENO BULNES (2016) “Orden europea de investigación en materia penal: una perspectiva europea y española”, en Bene, T., Luparia, L. y Marafioti, L. (eds.) *L'Ordine Europeo di Indagine. Criticità e prospettive*, Torino.

Mar JIMENO BULNES (2013), “El proceso penal en los sistemas de Common Law y Civil Law: los modelos acusatorio e inquisitivo en pleno siglo XXI”, en *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, núm.2, págs, 207 y ss.

Roberto KOSTORIS (2018 a), “Orden europea de investigación y derechos fundamentales”, en Arangüena Fanego, C. y De Hoyos Sancho, M. (directoras), *Garantías procesales de investigados y acusados. Situación actual en el ámbito de la UE*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

Roberto KOSTORIS (2018 b), *Processo penale e paradigmi europei*, Ed. G.Giappichelli, Torino.

Roberto KOSTORIS (2018 c), “L’OEI nella dissolvenza tra regole e principi”, en Daniele, M. y Kostoris, R., *L’ordine europeo di indagine penale*, Ed. G.Giappichelli, Torino.

María Elena LARO RODRÍGUEZ (2019), “Capítulo XXXVII: La Orden europea de investigación. especial consideración de los problemas que plantea el doble control de admisibilidad en la

obtención de prueba”, en González Cano, M.I. dir., *Orden Europea de Investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 796 y ss.

Manuel LÓPEZ JARA (2018), “Transposición al Ordenamiento español de la Orden Europea de Investigación en materia penal: el procedimiento para su emisión”, *Diario La Ley*, núm. 9252, de 5 de septiembre.

Mercedes LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA (2019), *La orden europea de investigación y su incorporación al derecho español*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

Annalisa MANGIARACINA (2018 a), “La orden europea de investigación desde la perspectiva europea”, en Jimeno Bulnes, dir., *Espacio judicial europeo y proceso penal*, Ed. Tecnos, Madrid, págs.,115 y ss.

Annalisa MANGIARACINA (2018 b), “Il procedimento di esecuzione dell’OEI e i margini nazionali di rifiuto”, en Daniele, M. y Kostoris, R., *L’ordine europeo di indagine penale*, Ed. G.Giappichelli, Torino.

Annalisa MANGIARACINA (2014), “A new and controversial scenario in the gathering of evidence and the European level: the Proposal for a Directive on the European Investigation Order”, *Utrecht Law Review*, vol.14, núm. 1

Marta MUÑOZ DE MORALES (2020), *Derecho penal europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Jordi NIEVA FENOLL (2019), “Capítulo XXIII: Orden europea de investigación: autoridades competentes en el Estado emisor y de ejecución. Especial consideración del Ministerio Fiscal”, en González Cano, I. dir., *Orden Europea de Investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 436 y ss.

Tommaso RAFARACI (2014), “General Considerations on the European Investigation Order”, en S. Ruggeri (editor), *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe*, Springer, págs 37 y ss.

Nicolás RODRÍGUEZ GARCÍA (2019), “Capítulo XXV: Orden de investigación europea: España como país de emisión”, en González Cano, I. dir., *Orden Europea de Investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 473 y ss.

Carmen RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO (2016), *Obtención y admisibilidad en España de la prueba penal transfronteriza. De las comisiones rogatorias a la orden europea de investigación*, Ed. Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor.

María Isabel ROMERO PRADAS (2019), “Capítulo XXXII: Reconocimiento y ejecución de la orden europea de investigación: alternativas al reconocimiento o la ejecución”, en González Cano, I. dir., *Orden Europea de Investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 646 y ss.

Stefano RUGGERI (2014), “Introduction to *the Proposal of a European Investigation Order: Due Process Concerns and Open Issues*”, en S. Ruggeri (editor), *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe*, Springer, págs.3 y ss.

Bernd SHÜNEMAN (2014), “Solution Models and Principles Governing the Transnational Evidence-Gathering in the EU”, en S. Ruggeri (editor), *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe*, Springer, págs.161 y ss.

Ángel TINOCO PASTRANA (2018), “La transposición de la orden europea de investigación en materia penal en el ordenamiento español”, *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, núm. 3.

John VERVAELE (2019), “Capítulo XXIX: Reconocimiento mutuo y prueba administrativa y penal europea en el espacio europeo de justicia penal”, en González Cano, I. dir., *Orden Europea de Investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 573 y ss.

José VILLODRE LÓPEZ (2018), “La Orden Europea de investigación penal: transposición de la Directiva 2014/41 del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014 (II)”, *Diario La ley*, 5 de octubre.