

La obtención de prueba en materia penal en la Unión Europea

Antonio Luis Martín García
Lorenzo Bujosa Vadell

Facultad de Derecho
Universidad de Salamanca

La obtención de prueba en materia penal en la Unión Europea

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código Penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien reproducere, plagiare, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

© Antonio Luis Martín García y Lorenzo Bujosa Vadell

© 2016 Atelier

Vía Laietana 12, 08003 Barcelona

e-mail: editorial@atelierlibros.es

www.atelierlibros.es

Tel. 93 295 45 60

I.S.B.N.: 978-84-16652-09-9

Depósito legal: B-5530-2016

Diseño de la colección y de la cubierta: Eva Ramos

Diseño y composición: Addenda, Pau Claris 92, 08010 Barcelona

www.addenda.es

Impresión: Winihard Gràfics, Avda. del Prat 7, 08180 Moià

«A Mar, Alejandro y Elena, por su constante apoyo y colaboración.»

«A los buenos estudiantes, por dar sentido a la grata
y cada vez más compleja tarea universitaria.»

Índice

| | |
|---|----|
| ABREVIATURAS | 13 |
| INTRODUCCIÓN | 15 |
| I. EL MUTUO RECONOCIMIENTO DE LA PRUEBA PENAL EN LA UNIÓN EUROPEA | 21 |
| 1. Mutuo reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales | 23 |
| A. La libre circulación de la prueba judicial penal | 23 |
| B. Los principios <i>forum regit actum</i> y <i>locus regit actum</i> | 25 |
| C. La admisión por la jurisprudencia del TS del mutuo reconocimiento .. | 28 |
| D. Concepto restringido de reconocimiento mutuo de pruebas | 30 |
| 2. Solicitud de la prueba trasnacional | 35 |
| 3. Autoridades intervinientes en la emisión y ejecución de las solicitudes de cooperación | 38 |
| II. EVOLUCIÓN Y DESARROLLO NORMATIVO DE LA ASISTENCIA JUDICIAL EN EUROPA | 43 |
| 1. Tratado de funcionamiento de la Unión Europea en su versión dada por el Tratado de Lisboa | 43 |
| 2. Convenios celebrados en el marco del Consejo de Europa | 45 |
| A. Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia penal, de 20 de abril de 1959 (CEAP 1959) | 45 |
| a) Ámbito objetivo | 45 |
| b) Autoridades intervinientes | 45 |
| c) Causas de denegación | 45 |
| d) Práctica de la prueba en el Estado requerido. | 46 |
| B. Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 19 de junio de 1990 (CAAS) | 47 |

| | |
|---|-----------|
| a) Ámbito objetivo..... | 47 |
| b) Autoridades intervinientes..... | 48 |
| c) Causas de denegación..... | 48 |
| d) Sujeción de la utilización de la prueba al consentimiento del Estado requerido..... | 48 |
| C. Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, hecho en Estrasburgo el 8 de noviembre de 1990 (CBSED)..... | 48 |
| a) Ámbito objetivo..... | 48 |
| b) Autoridades intervinientes..... | 49 |
| c) Causas de denegación..... | 49 |
| d) Práctica de la prueba en el estado requerido..... | 50 |
| e) Sujeción de la utilización de la prueba al consentimiento del estado requerido..... | 50 |
| 3. Convenios celebrados en el marco de la Unión Europea..... | 51 |
| A. Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, de 29 de mayo de 2000, hecho sobre la base del artículo k.3 del Tratado de la Unión Europea (CAJP-UE)..... | 51 |
| a) Ámbito objetivo..... | 52 |
| b) Autoridades intervinientes..... | 52 |
| c) Causas de denegación..... | 52 |
| d) Práctica de la prueba en el Estado requerido..... | 52 |
| e) Supuestos específicos de asistencia regulados en los arts. 10, 11, 12 y 13..... | 53 |
| f) Sujeción de la utilización de la prueba al consentimiento del Estado requerido..... | 56 |
| B. Protocolo al convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, de 16 de octubre de 2001, hecho sobre la base del artículo k.3 del Tratado de la Unión Europea..... | 57 |
| a) Ámbito objetivo..... | 57 |
| b) Causas de denegación..... | 57 |
| C. Convenio relativo a la Asistencia Mutua y la Cooperación entre las Administraciones aduaneras de 18 de diciembre de 1997 (Nápoles II)..... | 57 |
| III. OBTENCIÓN DE PRUEBAS, NORMATIVA EUROPEA Y SU TRANSPOSICIÓN EN ESPAÑA..... | 59 |
| 1. Normativa europea..... | 59 |
| A. La Decisión marco 2008/978/ JAI del Consejo, de 18 de diciembre, relativa al Exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal (DMEOP)..... | 59 |

| | |
|--|-----------|
| a) Ámbito objetivo..... | 62 |
| b) Autoridades intervinientes..... | 64 |
| c) Condiciones para emitir el exhorto..... | 64 |
| d) Causas de denegación..... | 65 |
| e) Ejecución del exhorto en el estado requerido..... | 67 |
| f) Recursos contra la emisión del exhorto..... | 68 |
| B. El Libro Verde de la Comisión Europea sobre la obtención de pruebas en materia penal en otro Estado miembro y sobre la garantía de su admisibilidad..... | 70 |
| 2. Legislación española que transpone normativa europea..... | 71 |
| A. Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la Orden Europea de Detención y Entrega (LOEDE)..... | 71 |
| B. Ley 18/2006, de 5 junio, sobre la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas en procedimientos penales (LEAP)..... | 72 |
| a) Ámbito objetivo..... | 72 |
| b) Autoridades intervinientes..... | 73 |
| c) Causas de denegación..... | 74 |
| d) Práctica de la prueba en el estado requerido..... | 74 |
| C. Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento de resoluciones penales en la Unión Europea. (LRM)..... | 75 |
| a) Objeto de la norma..... | 77 |
| b) Normativa relacionada a tener en cuenta..... | 78 |
| c) Estructura de la norma..... | 78 |
| d) Normas que deroga (Disp. Derogatoria Única)..... | 86 |
| e) Entrada en vigor..... | 86 |
| | |
| IV. EUROJUST, COMO INSTRUMENTO DE COOPERACIÓN PENAL EN LA UNIÓN EUROPEA..... | 87 |
| 1. Objetivos y ámbito de actuación..... | 88 |
| 2. Estructura orgánica..... | 90 |
| 3. Funciones..... | 91 |
| 4. Ley 16/2006, de 26 de mayo, por la que se regula el Estatuto del Miembro Nacional de Eurojust y las relaciones con este órgano de la Unión Europea (LEMNE)..... | 93 |
| 5. Ley 16/2015, de 7 de julio, por la que se regula el Estatuto del Miembro Nacional de España en Eurojust, los conflictos de jurisdicción, las redes judiciales de cooperación internacional y el personal dependiente del Ministerio de Justicia en el exterior..... | 94 |
| A. Estatuto de España en Eurojust..... | 95 |
| B. Conflictos de jurisdicción..... | 96 |
| 6. Memoria anual del Miembro Nacional de Eurojust..... | 96 |
| A. Aspectos generales y estructurales..... | 96 |
| B. El estatuto legal y competencias..... | 100 |

| | |
|---|------------|
| C. Sistema de Coordinación Nacional de Eurojust (SNCE) | 101 |
| D. Intercambio de información previsto en el art. 13 de la Decisión de Eurojust de 2009. | 101 |
| E. Relación con la Red Judicial Europea. | 103 |
| F. Relación con otras Redes de la Unión Europea con sede en Eurojust. . . | 103 |
| a) Red de puntos de contacto en relación con las personas responsables de Genocidio, Crímenes contra la Humanidad y Crímenes de Guerra. | 103 |
| b) Red de expertos de Equipos conjuntos de Investigación (JITs Network) | 104 |
| c) Los puntos de contactos de las Oficinas de Recuperación | 104 |
| d) Relaciones de la Delegación de España en Eurojust con Europol y la Oficina española de Enlace | 104 |
| G. Aspectos operacionales | 105 |
| H. Datos estadísticos correspondientes a 2012 | 107 |
| I. Datos estadísticos correspondientes a 2014 | 111 |
| | |
| V. LA ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACIÓN | 115 |
| 1. Sistema de obtención de pruebas | 117 |
| 2. Diferencias entre el Exhorto europeo de obtención de pruebas y la OEI. . . | 118 |
| 3. Limitación de las causas de denegación | 122 |
| A. La doble tipificación | 122 |
| B. El principio de oportunidad | 124 |
| 4. Valoración de la directiva de OEI | 124 |
| | |
| CONCLUSIONES | 129 |
| | |
| ANEXO. DIRECTIVA 2014/41/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 3 DE ABRIL DE 2014 RELATIVA A LA ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACIÓN EN MATERIA PENAL | 137 |
| Anexo A. Orden Europea de Investigación (OEI) | 177 |
| Anexo B. Confirmación de la recepción de una OEI | 186 |
| Anexo C. Notificación. | 188 |
| Anexo D. Categorías de delitos contemplados en el artículo 11 | 190 |
| | |
| BIBLIOGRAFÍA. | 193 |

Abreviaturas

| | |
|--------------|---|
| CAAS | Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 19 de junio de 1990 |
| CAJP-UE | Convenio de asistencia judicial en materia penal en Unión Europea, de 2000 |
| CARIN | Red de Corrupción |
| CBSed | Convenio del blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de 1990 |
| CCE | Coordinación de Emergencias de Eurojust |
| CEAP | Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia penal de 1959 |
| CEDH | Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950 |
| CMS | Sistema de Gestión de Casos |
| DM | Decisión Marco |
| DMEOP | Decisión Marco 2008/978/ JAI del Consejo, Exhorto europeo de obtención de pruebas |
| DOUE | Diario Oficial de la Unión Europea |
| ECI | Equipos conjuntos de investigación |
| EMPACT | European Multidisciplinary Platform Against Crime Threats |
| EOP | Exhorto europeo de obtención de pruebas |
| JITs Network | Red de Expertos en Equipos Conjuntos de Investigación |
| LEAP | Ley 18/2006, de 5 junio, de embargo y aseguramiento de pruebas |
| LECrIm | Ley de Enjuiciamiento Criminal |
| LEMNE | Ley 16/2006, Estatuto del Miembro Nacional de Eurojust |
| LOEDE | Ley 3/2003, Orden Europea de Detención y Entrega |
| LOPJ | Ley Orgánica del Poder Judicial |
| LRM | Ley 23/2014, de reconocimiento de resoluciones penales en la Unión Europea |
| LVOP | Libro Verde de la Comisión Europea sobre la obtención de pruebas |
| OEDE | Orden europea de detención y entrega |
| OEI | Orden Europea de Investigación (EIO, European Investigation Order) |
| RJE | Red Judicial Europea (EJN) |

| | |
|------|---|
| SNCE | Sistema de Coordinación Nacional de Eurojust |
| STS | Sentencia del Tribunal Supremo |
| TEDH | Tribunal Europeo de Derechos Humanos |
| TS | Tribunal Supremo |
| TUE | Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea |
| TWF | Archivos temporales de trabajo |
| UE | Unión Europea |

Introducción

La obtención y el reconocimiento de la prueba realizada en el extranjero es de vital necesidad e importancia para las investigaciones y actuaciones judiciales en la lucha contra la creciente delincuencia organizada transnacional. Si la gravedad y actualidad del tema es indiscutible, la cuestión, no exenta de complejidad, ni mucho menos está resuelta sino que se encuentra en proceso de construcción, como se verá.

La desaparición de las fronteras en el ámbito de la Unión Europea (UE) conlleva la libre circulación de personas, capitales, bienes y servicios, pero también ha incrementado la delincuencia en sus formas más sofisticadas, organizadas y por ende peligrosas, que opera a través de grandes redes criminales de carácter internacional, poniendo en riesgo la seguridad de los ciudadanos y del propio Estado de Derecho. Las cada vez mayores conexiones internacionales en los delitos conducen irremediabilmente a la realización de investigaciones transnacionales. La necesidad de obtención y práctica de pruebas en el extranjero es una consecuencia insoslayable del nuevo escenario en el que la delincuencia, especialmente la organizada y grave, actúa y produce efectos más allá del territorio de un solo Estado. Pensemos en el tráfico de drogas, blanqueo de capitales, corrupción, etc. delitos sobre los que se apunta un aumento constante y cuya persecución se percibe compleja. Debido a la limitación territorial de los poderes jurisdiccionales, cuando deba practicarse una diligencia de investigación fuera de las fronteras del país de la autoridad investigadora será obligado acudir a los mecanismos de auxilio judicial internacional para llevar a cabo su ejecución. Ya se trate de testigos residentes en otro Estado, registros a practicar, intervención de comunicaciones, información sobre transacciones internacionales, investigaciones patrimoniales en entidades financieras de otros países, etc., conocer los mecanismos de cooperación llevará a una intervención

eficaz. El fundamento de la cooperación judicial internacional no es otro que superar las fronteras, para que éstas no sean un obstáculo para la investigación de los delitos por las autoridades competentes y que la delincuencia, que busca eludir la acción de la justicia, no encuentre impunidad.

La incorporación de España a la UE y por ello al espacio de libertad, seguridad y justicia que ésta constituye, implica por tanto una necesaria y progresiva cooperación judicial en materia penal, en un ámbito en que los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros poseen el común denominador que es la protección y garantía de los derechos y libertades fundamentales. Deberán conjugarse, pues, el principio de seguridad de las personas y los Estados, con el derecho a la libre circulación de los ciudadanos, puesto en riesgo por la criminalidad organizada, creando un espacio en el que pueda darse una respuesta conjunta del sistema judicial, con independencia del Estado en concreto en el que se produzca la lesión, o el lugar de comisión del delito. En consecuencia, es una necesidad de primer orden la posibilidad de obtener fuentes de prueba en todo el ámbito de la Unión, que puedan utilizarse con las debidas garantías en el enjuiciamiento penal de cualquiera de los Estados miembros.

Es innegable el inconveniente que supone la diferencia entre las garantías procesales del lugar donde se obtienen y donde se valoran las pruebas, por ello se plantea que el futuro deberá asentarse en el principio del reconocimiento mutuo y en la armonización de los derechos procesales. Habrá de cuestionarse si el principio de reconocimiento mutuo entre los diversos Estados, que encuentra su origen en la complejidad del proceso de armonización de las distintas legislaciones penales de los Estados miembros, supone un avance al sustituir dicho proceso de armonización por la libre circulación de resoluciones judiciales en materia penal. En la UE los Convenios tradicionales de cooperación penal, que sustentan el elemento de cooperación mediante una petición gubernamental de colaboración entre Estados, están siendo reemplazados por el mecanismo del reconocimiento mutuo. El principio de reconocimiento mutuo elimina la intervención gubernativa, modificando el concepto tradicional de soberanía nacional para convertir el auxilio judicial internacional en una relación procesal directa entre autoridades judiciales competentes.

Junto a los Convenios y a los instrumentos de reconocimiento mutuo en la UE, con el fin de facilitar su aplicación y favorecer la cooperación entre autoridades judiciales de los Estados miembros, se han ido creando otro tipo de mecanismos, no normativos, facilitadores de la cooperación como son los Magistrados de enlace, la Red Judicial Europea, o Eurojust.

Será imprescindible evaluar si los progresos realizados en los últimos años en materia de obtención de prueba transnacional han mejorado notablemente la cooperación judicial internacional, pues, aún así, no dejan de subsistir dificultades que se derivan esencialmente de la heterogeneidad normativa en la regulación procesal, en los niveles de protección de los derechos fundamentales o en la atribución de competencias, lo que suscita desconfianza y supone un obstáculo para que la obtención y utilización de la prueba transnacional resulte eficaz. Conscientes de ello, las instituciones europeas y los Estados miembros persisten en el esfuerzo continuado, como se verá, de dotarse de mecanismos de cooperación cada vez más simples, directos y eficaces.

El objeto de este trabajo es analizar los avances procesales en la cooperación judicial europea en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales penales previas a la sentencia, en especial en el aseguramiento y obtención de fuentes de prueba con garantías en el marco de la UE, para su virtualidad en un proceso penal, y cual sea el estado de la cuestión en Europa y en España.

Con este objetivo, se iniciará la exposición con el estudio, en el Capítulo I, del reconocimiento mutuo de decisiones judiciales en el ámbito de la UE, examinando si puede entenderse como un avance significativo por superación de las tradicionales relaciones de colaboración entre Estados y si viene a reforzar la confianza recíproca en que cualquier Estado miembro debe contribuir al mantenimiento de la paz social de otro.

También se analizará si la aplicación de este principio sirve a la potenciación del contacto directo entre autoridades judiciales, para superar los mecanismos tradicionales de las comisiones rogatorias, a través de nuevos instrumentos de cooperación que pretenden ser mucho más sencillos, ágiles y eficaces, por ello será necesario estudiar seguidamente, en el Capítulo II, la evolución de la pluralidad normativa existente en materia de obtención de prueba (tratados internacionales, normas dimanantes de la UE y normas internas) para exponer después la actualmente vigente y aplicable, en el Capítulo III, que culmina con la Ley 23/2014 de 20 de noviembre de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.

Dicha visión general se ha centrado sobre todo en una serie de aspectos esenciales que son: el ámbito objetivo al que se aplica la norma correspondiente (clase de diligencias de prueba a las que se refiere o materias sobre las que opera); autoridades intervinientes en el requerimiento de la prueba o emisión de la solicitud correspondiente; causas de denegación para declinar una petición o requerimiento de prueba por parte de otro estado; práctica de la prueba

en el Estado requerido o de ejecución, en especial la legalidad aplicable a dicha práctica; en algunos casos también se examinará la cuestión acerca de si la utilización de la prueba obtenida en el extranjero se condiciona al consentimiento o condiciones fijadas por el Estado requerido.

Así, la metodología consistirá en el estudio crítico de los aspectos más relevantes de la abundante legislación sobre asistencia judicial en materia de prueba, para abordar después las distintas posibilidades de obtención de pruebas en el marco de la Unión y el reconocimiento de las pruebas practicadas por autoridades de otros Estados europeos en su propio territorio, a través de la doctrina y la jurisprudencia, en su caso.

La materialización de un verdadero espacio judicial europeo de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, que quiere ofrecer la Unión a sus ciudadanos, exige también la adopción de medidas destinadas a facilitar la coordinación de las investigaciones y actuaciones judiciales de los Estados miembros. Con tal finalidad, a la práctica de intercambiar magistrados de enlace y a la Red Judicial Europea se ha sumado otro órgano, Eurojust, que tanto por su estructura como por sus funciones, aspira a consolidarse como el principal actor de la cooperación judicial en materia penal en la Unión Europea.

Por tal motivo, en capítulo aparte, el Capítulo IV, se analizará la normativa que le es propia, actualizada por la reciente Ley 16/2015 de 7 de julio, por la que se regula el estatuto del miembro nacional de España en Eurojust, los conflictos de jurisdicción, las redes judiciales de cooperación internacional y el personal dependiente del Ministerio de Justicia en el Exterior, que pone al día la anterior normativa contenida en la Ley 16/2006 de 26 de mayo, que incorporó al ordenamiento jurídico español las necesarias adaptaciones para permitir la aplicación efectiva de la Decisión 2002/187/JAI del Consejo de 28 de febrero de 2002, y la Decisión 2005/671/JAI del Consejo de 20 de septiembre de 2005. Esta nueva Ley, como se verá, establece también las normas necesarias para implementar la Decisión 2009/426/JAI de 16 de diciembre de 2008 por la que se refuerza Eurojust y se modifica la Decisión 2002/187/JAI por la que se crea Eurojust, para fortalecer la lucha contra las formas graves de delincuencia e incorporar su contenido al ordenamiento jurídico español. La Ley incorpora además las previsiones contenidas en la Decisión Marco 2009/948/JAI del Consejo de 30 de noviembre, sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción.

Se examinará si Eurojust constituye una herramienta que permite mejorar la colaboración a través de la celebración de reuniones operativas, donde las diferentes autoridades competentes de los Estados miembros implicados o, in-

cluso, de terceros Estados u órganos tales como Europol, pueden proceder al intercambio directo de información y pruebas, a la coordinación de operaciones simultáneas en diferentes Estados, a valorar la conveniencia de crear un equipo conjunto de investigación o buscar la solución más eficaz a un seguro conflicto de jurisdicción, y si consigue una mayor eficacia en la lucha contra la delincuencia transnacional. A través de la Memoria anual de este órgano se podrá comprobar el grado de aplicación de la cooperación que se pretende, para poder incrementar su eficacia.

Finalmente en el Capítulo V, se analizará la reciente Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal, orden basada en el principio de reconocimiento mutuo para la obtención de pruebas que se encuentren o hayan de obtenerse en otro Estado miembro en asuntos penales. La finalidad principal de esta norma es favorecer la libre circulación de la prueba en los procesos penales en Europa mediante un planteamiento novedoso de la asistencia judicial. Son muchas las cuestiones que se han discutido y continúan sometidas a debate acerca de la libre circulación de la prueba en los procesos penales en Europa. Se tratará de ver sus diferencias respecto al exhorto de obtención de pruebas y valorar si este nuevo instrumento es necesario en el presente, si garantiza de manera suficiente los derechos fundamentales del imputado y el modo en que se conjugan la protección de los derechos fundamentales que están en juego en la investigación delictiva y el principio de reconocimiento mutuo, que constituye la base de la norma.

En definitiva, a lo largo de la exposición se tratará de mostrar que debe producirse un desarrollo creciente en la colaboración entre Estados y en la asistencia mutua, sustituyendo progresivamente los instrumentos de cooperación judicial insatisfactorios por nuevos instrumentos de cooperación, basados en el principio del reconocimiento mutuo, más sencillos, ágiles y eficaces con el fin obtener fuentes de prueba en todo el ámbito de la Unión, que puedan utilizarse con las debidas garantías procesales y respeto a los derechos fundamentales en el enjuiciamiento penal de cualquiera de los Estados miembros para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia transnacional.

Por su interés, se incluye como Anexo el texto de la Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014, relativa a la Orden Europea de Investigación en materia penal, publicada en DOUE de 1 de mayo de 2014.