



Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DE LA ABOGADA GENERAL
SRA. TAMARA CÁPETA
presentadas el 26 de octubre de 2023¹

Asunto C-670/22

Staatsanwaltschaft Berlin
contra
M. N.

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Berlin (Tribunal Regional de lo Civil y Penal de Berlín, Alemania)]

«Procedimiento prejudicial — Cooperación judicial en materia penal — Directiva 2014/41/UE — Orden europea de investigación — Artículo 6, apartado 1 — Condiciones para la emisión de una orden europea de investigación — Traslado de pruebas que ya obran en poder de otro Estado miembro — Concepto de autoridad de emisión — Artículo 2, letra c), inciso i) — Admisibilidad de las pruebas»

I. Introducción

1. La orden europea de investigación (en lo sucesivo, «OEI») es un instrumento de la Unión Europea que posibilita la cooperación transfronteriza en las investigaciones penales. Se regula en la Directiva relativa a la OEI.² Mediante la presente petición de decisión prejudicial, se solicita al Tribunal de Justicia, por vez primera, que interprete esta Directiva en una situación en la que se ha emitido una OEI con el objeto de que se trasladen pruebas que ya obran en poder de otro Estado.

2. A los efectos de una investigación penal en Alemania, la Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main (Fiscalía General de Fráncfort, Alemania) emitió diversas OEI en las que solicitaba que se le trasladasen ciertas pruebas recabadas en el marco de una investigación penal que las autoridades francesas y neerlandesas habían llevado a cabo conjuntamente en relación con usuarios de EncroChat, que era una red de telecomunicaciones encriptada que ofrecía a sus usuarios un anonimato casi perfecto.³

¹ Lengua original: inglés.

² Directiva 2014/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal (DO 2014, L 130, p. 1; corrección de errores en DO 2017, L 328, p. 142; en lo sucesivo, «Directiva relativa a la OEI»).

³ Incluía un sistema operativo dual (con una interfaz encriptada indetectable) y el aparato no tenía cámara, micrófono, GPS o puerto USB. Los mensajes podían autoeliminarse y los usuarios podían borrar inmediatamente todos los datos almacenados en el aparato utilizando un código PIN especial o tecleando de manera consecutiva una contraseña incorrecta. Por último, un servicio de asistencia o revendedor a distancia también podía borrar todos los datos almacenados en el aparato si resultaba necesario. Para más información, véase <https://www.europol.europa.eu/media-press/newsroom/news/dismantling-of-encrypted-network-sends-shockwaves-through-organised-crime-groups-across-europe>.

3. La presente petición de decisión prejudicial se ha presentado en el contexto de uno de los procesos penales incoados ante el Landgericht Berlin (Tribunal Regional de lo Civil y Penal de Berlín, Alemania) contra M. N. sobre la base de una serie de datos de telecomunicaciones intervenidos que se han trasladado en virtud de las mencionadas OEI. Ante el órgano jurisdiccional remitente se ha planteado la cuestión de si las OEI se emitieron en violación de la Directiva relativa a la OEI y, de ser así, qué consecuencias podrían derivarse para la utilización de tales pruebas en el proceso penal.

II. Hechos, cuestiones prejudiciales y procedimiento ante el Tribunal de Justicia

4. El proceso penal principal trae causa de una investigación penal incoada en Francia y que prosiguió como operación conjunta de Francia y los Países Bajos en la cual se intervinieron los datos de localización, tráfico y comunicación, incluidos textos e imágenes que se transmitían en los chats en curso, de usuarios de la red EncroChat.

5. Esa operación conjunta desarrolló un *software* troyano que se subió al servidor en Roubaix (Francia) en la primavera de 2020 y, desde allí, se instaló en los aparatos terminales mediante una actualización simulada. El tribunal correctionnel de Lille (Tribunal de lo Penal de Lila, Francia) autorizó la operación de recogida de los datos de comunicación. Esa intervención de comunicaciones afectó a usuarios de EncroChat en 122 países, de los cuales unos 4 600 en Alemania.

6. En videoconferencia de 9 de marzo de 2020, la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Judicial Penal (Eurojust) facilitó a una serie de países información sobre las medidas de vigilancia programadas por la policía francesa y el traslado de datos previsto. Los representantes de la Bundeskriminalamt (Policía Judicial, Alemania) y de la Fiscalía de Fráncfort mostraron su interés en los datos de los usuarios alemanes que se habían recabado.

7. La Fiscalía General de Fráncfort incoó una investigación preliminar contra una serie de personas desconocidas el 20 de marzo de 2020. Los datos recabados por el equipo de investigación franco-neerlandés se pusieron, entre otras, a disposición de las autoridades alemanas a través de un servidor de la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Policial (Europol) a partir del 3 de abril de 2020.

8. El 2 de junio de 2020, en el marco de la investigación preliminar alemana contra personas desconocidas, la Fiscalía General de Fráncfort solicitó a las autoridades francesas, mediante OEI, autorización para utilizar en procesos penales los datos de EncroChat recabados. Esa solicitud se fundamentaba en la sospecha de que una serie de personas aún no identificadas habían cometido tráfico ilegal de estupefacientes en cantidad elevada. No obstante, existían sospechas de que esas personas formaban parte de un grupo criminal organizado en Alemania que usaba teléfonos EncroChat. El tribunal correctionnel de Lille (Tribunal de lo Penal de Lila) autorizó la OEI para el traslado y para la utilización con fines judiciales de los datos de los usuarios de EncroChat alemanes. Posteriormente, se trasladaron datos adicionales en respuesta a dos OEI completivas de 9 de septiembre de 2020 y de 2 de julio de 2021, respectivamente.

9. Sobre la base de las pruebas recibidas, la Fiscalía General de Fráncfort separó las investigaciones que debían llevarse a cabo con respecto a los usuarios de EncroChat individualmente considerados y se las encomendó a las fiscalías locales. A continuación, la

Staatsanwaltschaft Berlin (Fiscalía de Berlín, Alemania) imputó al acusado en el presente proceso penal varios delitos de tráfico ilegal de estupefacientes en cantidad elevada y de posesión ilegal de estupefacientes en cantidad elevada en Alemania.

10. Dicho proceso penal está sustanciándose ante el órgano jurisdiccional remitente. Aunque no se explica con claridad en la resolución de remisión, parece que, en el marco del referido proceso, se ha suscitado la cuestión de si las OEI de la Fiscalía General de Fráncfort se emitieron en violación de la Directiva relativa a la OEI y, en caso afirmativo, si deben excluirse en el proceso penal seguido contra el acusado.

11. Habida cuenta de estos hechos, el órgano jurisdiccional remitente planteó al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) Sobre la interpretación de la expresión “autoridad de emisión” con arreglo al artículo 6, apartado 1, en relación con el artículo 2, letra c), de la [Directiva relativa a la OEI]:

- a) ¿Debe una [OEI] para obtener pruebas que ya existen en el Estado de ejecución (en el presente asunto, Francia) ser emitida por un juez si, en virtud de la legislación del Estado de emisión (en el presente asunto, Alemania), en un caso interno similar, la obtención de pruebas subyacente debería haber sido ordenada por un juez?
- b) Con carácter subsidiario: ¿se aplica esto al menos en el supuesto de que el Estado de ejecución haya llevado a cabo la medida subyacente en el territorio del Estado de emisión con el objetivo de poner posteriormente los datos recogidos a disposición de las autoridades de investigación del Estado de emisión que están interesadas en los datos a efectos de la práctica de diligencias penales?
- c) ¿Debe una OEI para la obtención de pruebas ser emitida siempre por un juez (o por un organismo independiente que no participe en la investigación penal), independientemente de las normas nacionales de competencia del Estado de emisión, si la medida supone una injerencia grave en derechos fundamentales de alto nivel?

2) Sobre la interpretación del artículo 6, apartado 1, letra a), de la [Directiva relativa a la OEI]:

- a) ¿El artículo 6, apartado 1, letra a), de la [Directiva relativa a la OEI] se opone a una OEI para la transmisión de datos ya disponibles en el Estado de ejecución (Francia) procedentes de una intervención de las telecomunicaciones —en particular, datos de tráfico y de localización, así como grabaciones del contenido de las comunicaciones— cuando la intervención realizada por el Estado de ejecución abarcó a todos los usuarios de la conexión de un servicio de comunicaciones, la OEI perseguía que se transmitiesen los datos de todas las conexiones utilizadas en el territorio del Estado de emisión y no había indicios concretos de la comisión de delitos graves por parte de esos usuarios individuales ni cuando se ordenó y se llevó a cabo la medida de intervención ni cuando se emitió la OEI?
- b) ¿Se opone el artículo 6, apartado 1, letra a), de la [Directiva relativa a la OEI] a este tipo de OEI cuando la integridad de los datos recogidos gracias a la medida de intervención no puede ser verificada por razones de total confidencialidad por parte de las autoridades del Estado de ejecución?

- 3) Sobre la interpretación del artículo 6, apartado 1, letra b), de la [Directiva relativa a la OEI]:
 - a) ¿Se opone el artículo 6, apartado 1, letra b), de la [Directiva relativa a la OEI] a una OEI para la transmisión de datos de telecomunicaciones que ya existen en el Estado de ejecución (Francia) si, en un caso interno similar, la medida de intervención del Estado de ejecución en la que se basa la obtención de los datos hubiera sido inadmisibles con arreglo al Derecho del Estado de emisión (Alemania)?
 - b) Con carácter subsidiario: ¿ocurre así en cualquier caso cuando el Estado de ejecución llevó a cabo la intervención en el territorio del Estado de emisión y en interés de este?
- 4) Sobre la interpretación del artículo 31, apartados 1 y 3, de la [Directiva relativa a la OEI]:
 - a) ¿Una medida asociada a la infiltración de dispositivos terminales para la recogida de datos de tráfico, de localización y de comunicación de un servicio de comunicaciones por Internet constituye una intervención de telecomunicaciones en el sentido del artículo 31 de la [Directiva relativa a la OEI]?
 - b) ¿La notificación prevista en el artículo 31, apartado 1, de la [Directiva relativa a la OEI] debe ir dirigida siempre a un juez o se aplica esto al menos cuando la medida prevista por el Estado que realiza la intervención (Francia), en un caso interno similar, con arreglo a la legislación del Estado notificado (Alemania), solo podría ser ordenada por un juez?
 - c) En la medida en que el artículo 31 de la [Directiva relativa a la OEI] sirva también para proteger los derechos individuales de los usuarios de las telecomunicaciones afectados, ¿se extiende dicha protección también al uso de los datos para la práctica de diligencias penales en el Estado notificado (Alemania) y, en su caso, tiene esta finalidad el mismo valor que la finalidad adicional de proteger la soberanía del Estado miembro notificado?
- 5) Consecuencias jurídicas de una obtención de pruebas contraria al Derecho de la Unión:
 - a) Si las pruebas se obtienen mediante una OEI contraria al Derecho de la Unión, ¿del principio de efectividad del Derecho de la Unión puede derivarse directamente una prohibición de utilización de las pruebas?
 - b) En el caso de pruebas obtenidas mediante una OEI contraria al Derecho de la Unión, ¿el principio de equivalencia del Derecho de la Unión implica una prohibición de utilización de las pruebas si la medida en la que se basa la obtención de las pruebas en el Estado de ejecución no podría haber sido ordenada en un caso interno similar en el Estado de emisión y las pruebas obtenidas mediante ese tipo de medida interna ilegal no podrían utilizarse con arreglo al ordenamiento jurídico del Estado de emisión?
 - c) ¿Es contrario al Derecho de la Unión, en particular al principio de efectividad, el hecho de que la utilización en un proceso penal de pruebas cuya obtención era contraria al Derecho de la Unión precisamente porque no había sospecha de delito se vea justificada, en el marco de una ponderación de intereses, por la gravedad de los hechos que se hayan conocido por primera vez a raíz del análisis de las pruebas?

- d) Con carácter subsidiario: ¿resulta del Derecho de la Unión, en particular del principio de efectividad, que las infracciones del Derecho de la Unión en materia de obtención de pruebas no pueden quedar totalmente sin consecuencias en los procedimientos penales nacionales, incluso en el caso de delitos graves, y que, por lo tanto, deben tenerse en cuenta a favor del acusado al menos al valorar la prueba o al determinar la pena?»

12. Han presentado observaciones escritas la Fiscalía de Berlín, los Gobiernos alemán, estonio, francés, neerlandés, polaco y sueco e Irlanda, así como la Comisión Europea.

13. El 4 de julio de se celebró una vista oral en la que formularon observaciones M. N., la Fiscalía de Berlín, los Gobiernos checo, alemán, español, francés, húngaro, neerlandés y sueco e Irlanda, así como la Comisión Europea.

III. Análisis

A. Observaciones preliminares

14. Las impugnaciones de las condenas penales derivadas de los datos intervenidos en EncroChat están generando controversia en los más altos tribunales de Europa,⁴ y el Tribunal de Justicia no es una excepción a este respecto.

15. En la mayoría de esos asuntos se impugnan las medidas de intervención adoptadas por Francia. Aunque tal cuestión es obviamente pertinente en el marco de los procesos penales incoados sobre la base de pruebas recabadas gracias a dicha intervención, debe aclararse que la presente remisión prejudicial no versa sobre la validez de las medidas de intervención francesas.

16. Por el contrario, el presente asunto versa sobre la posible incompatibilidad de las OEI emitidas por la Fiscalía General de Fráncfort con la Directiva relativa a la OEI y sobre las consecuencias que de tal conclusión se derivarían. Las referidas OEI no dieron lugar a las medidas francesas de intervención de las telecomunicaciones de los usuarios de EncroChat. La intervención de las telecomunicaciones se produjo independientemente de dichas OEI. La impugnación judicial de esas medidas de intervención es una cuestión que incumbe a los tribunales franceses competentes.

17. Las OEI de que se trata en el caso de autos no tenían por objeto que se recabaran datos en Francia mediante la intervención de telecomunicaciones, sino que únicamente solicitaban el traslado de las pruebas ya obtenidas gracias a la intervención en Francia.

⁴ Por ejemplo, el Conseil constitutionnel (Consejo Constitucional, Francia) declaró en abril de 2022, en la decisión n.º 2022-987 QPC, de 8 de abril de 2022, que la legislación francesa sobre cuya base se adoptó la medida subyacente de intervención de las comunicaciones en el presente caso se ajusta a la Constitución francesa; el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Alemania) declaró que la intervención era legal conforme al Derecho alemán en la sentencia 5 StR 457/21, de 2 de marzo de 2022; por último, un recurso frente a la utilización de datos de EncroChat procedentes de Francia ante los tribunales del Reino Unido se encuentra actualmente pendiente ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en los asuntos n.º 44715/20 (A. L. c. Francia) y n.º 47930/21 (E. J. c. Francia). El 3 de enero de 2022, el TEDH planteó a las partes una serie de preguntas relativas, entre otros extremos, a si tenían (pero no habían utilizado) la posibilidad de impugnar las medidas de intervención ante los tribunales franceses competentes.

18. Este conjunto de hechos debe calificarse adecuadamente con arreglo a la Directiva relativa a la OEI. En particular, el artículo 1, apartado 1, de esta dispone que la OEI puede emitirse, bien «para llevar a cabo una o varias medidas de investigación en otro Estado miembro», o bien «para obtener pruebas que ya obren en poder de las autoridades competentes del Estado de ejecución».⁵

19. En términos simples, la OEI puede emitirse para la obtención de pruebas nuevas o para el traslado de pruebas existentes. Utilizaré esta terminología para referirme a estos dos tipos de OEI.

20. En el proceso principal, las OEI se emitieron con esta última finalidad, pues la Fiscalía alemana pidió el traslado de unas pruebas que ya obraban en poder de Francia.

21. No obstante, de la resolución de remisión resulta con claridad que el órgano jurisdiccional remitente, en primer lugar, considera que, pese a la distinción entre ambos tipos de OEI que se realiza en el artículo 1, apartado 1, de la Directiva relativa a la OEI, la OEI para el traslado de pruebas existentes no puede emitirse sin tener en cuenta cómo se recabaron estas originariamente. En segundo lugar, el órgano jurisdiccional remitente cuestiona la proporcionalidad, y por tanto la legalidad, de las medidas originarias de obtención, en Francia, de las pruebas que posteriormente se trasladaron a Alemania. Por último, el órgano jurisdiccional remitente discrepa del Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal),⁶ que consideró que los datos de EncroChat intervenidos podían utilizarse como prueba en Alemania.⁷

22. Teniendo lo anterior presente, el Tribunal de Justicia debe aclarar si las condiciones para emitir una OEI para el traslado de pruebas existentes exigen valorar las medidas subyacentes mediante las que se obtuvieron las pruebas en el Estado de ejecución. De entrada, quisiera dejar claro, como detallaré más adelante, que, en tal supuesto, la autoridad de emisión no puede cuestionar la legalidad de las medidas a través de las cuales el Estado de ejecución obtuvo las pruebas. La proporcionalidad de la medida francesa por la que se ordenó la intervención de los teléfonos EncroChat no es, por tanto, objeto del presente asunto.

B. Reorganización de las cuestiones prejudiciales del órgano jurisdiccional remitente y estructura de las conclusiones

23. El órgano jurisdiccional remitente considera que las OEI se emitieron en violación de la Directiva relativa a la OEI porque i) no cumplían las condiciones establecidas en su artículo 6, apartado 1, y ii) fueron emitidas por un fiscal, en vez de por un tribunal. Por añadidura, de conformidad con el artículo 31 de esta Directiva, entiende que las autoridades francesas deberían haber notificado las medidas de intervención al tribunal alemán competente. Por último, estima

⁵ Antes de la Directiva relativa a la OEI, el traslado de pruebas ya obrantes en poder de otro Estado miembro se regulaba en la Decisión Marco 2008/978/JAI del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal (DO 2008, L 350, p. 72). Según los considerandos 4 a 7 de la Directiva relativa a la OEI, el anterior sistema era demasiado fragmentario y complicado, por lo que se diseñó la OEI como un único instrumento para la obtención de pruebas nuevas y de pruebas ya existentes.

⁶ Véase la resolución de dicho Tribunal citada en la nota 4.

⁷ La presente remisión prejudicial es, por tanto, un ejemplo del relato clásico de que el procedimiento prejudicial entraña que se dé poder a los tribunales inferiores frente a los superiores, célebremente desarrollado por Alter, K. J., «The European Court's Political Power», *West European Politics*, vol. 19(3), 1996, p. 452. Para una demostración empírica de la dinámica opuesta, a saber, la consistente en que los tribunales superiores planteen cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia para cerrar el paso a los inferiores, véase Pavone, T., y Kelemen, D. R., «The Evolving Judicial Politics of European Integration: The European Court of Justice and national courts revisited», *European Law Journal*, vol. 25(4), 2019, p. 352.

que el Derecho de la Unión, más concretamente los principios de equivalencia y de efectividad, debe interpretarse en el sentido de que prohíben la utilización, en el proceso penal, de las pruebas obtenidas en violación de dicha Directiva.

24. Así, el órgano jurisdiccional remitente pregunta esencialmente si la interpretación que él hace de la Directiva relativa a la OEI y de las consecuencias que de la misma se derivan son correctas. Ha agrupado sus cuestiones prejudiciales en cinco bloques que yo he reorganizado a los efectos de mi análisis de la siguiente manera.

25. Los tres primeros bloques de cuestiones se centran en la interpretación de la autoridad competente para emitir una OEI que tenga por objeto el traslado de pruebas existentes, así como en las condiciones a que se supedita tal OEI. Las cuestiones relativas a las condiciones establecidas en el artículo 6, apartado 1, letras a) y b), de la Directiva relativa a la OEI se entrelazan con las referentes a la autoridad de emisión competente. Por lo tanto, las examinaré conjuntamente con el epígrafe C.

26. El cuarto bloque de cuestiones, mediante las que se solicita la interpretación del artículo 31, apartados 1 y 3, de la Directiva relativa a la OEI puede examinarse por separado, lo que haré en el epígrafe D.

27. Por último, analizaré en el epígrafe E el último bloque de cuestiones, que se refieren a las consecuencias de la posible violación de la Directiva relativa a la OEI. Estas cuestiones pueden calificarse de hipotéticas si de las respuestas a las anteriores cuestiones no se deduce una violación de esta Directiva. No obstante, como tal conclusión depende de la interpretación del Derecho nacional pertinente, lo que corresponde al órgano jurisdiccional remitente, propongo al Tribunal de Justicia que también las responda.

C. Condiciones para la emisión de la OEI que tenga por objeto el traslado de pruebas existentes y autoridad de emisión competente

28. Las condiciones que debe evaluar la autoridad de emisión al emitir una OEI⁸ se establecen en el artículo 6, apartado 1, de la Directiva relativa a la OEI, que tiene el siguiente tenor:

«La autoridad de emisión únicamente podrá emitir una OEI cuando:

- a) la emisión de la OEI sea necesaria y proporcionada a los fines de los procedimientos a que se refiere el artículo 4 teniendo en cuenta los derechos del sospechoso o acusado, y
- b) la medida o medidas de investigación requeridas en la OEI podrían haberse dictado en las mismas condiciones para un caso interno similar.»

29. Así pues, dicha Directiva impone dos condiciones para emitir una OEI. Esas condiciones persiguen garantizar que la OEI no se emita en violación del Derecho del Estado de emisión.⁹ Como la investigación penal o el posterior proceso penal se desarrollan en el Estado de emisión,

⁸ Véase el artículo 6, apartado 2, de la Directiva relativa a la OEI.

⁹ Véase, a este respecto, la sentencia de 16 de diciembre de 2021, Spetsializirana prokuratura (Datos relativos al tráfico y a la localización) (C-724/19, EU:C:2021:1020), apartado 44. Véase, también, Csúri, A., «Towards an Inconsistent European Regime of Cross-Border Evidence: The EPPA and the European Investigation Order» en Geelhoed, W., y otros, *Shifting Perspectives on the European Public Prosecutor's Office*, T.M.C. Asser Press, La Haya, 2018, p. 146.

dichas condiciones persiguen, en último término, proteger los derechos de los acusados o sospechosos. Con arreglo al artículo 14, apartado 2, de la referida Directiva, la impugnación del cumplimiento de dichas condiciones únicamente puede realizarse en el Estado de emisión.

30. Para alcanzar esos objetivos, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva relativa a la OEI exige a la autoridad emisora una evaluación abstracta y otra concreta.

31. La evaluación abstracta se prevé en el artículo 6, apartado 1, letra b), de esta Directiva y requiere que la autoridad de emisión determine si la medida de investigación que será objeto de una OEI existe en su Derecho nacional y en qué condiciones puede ordenarse.

32. La evaluación concreta, que figura en el artículo 6, apartado 1, letra a), de dicha Directiva impone a la autoridad de emisión la obligación de determinar si una determinada OEI es necesaria y proporcionada a los fines de un concreto proceso penal.

33. Solo una vez que la autoridad de emisión haya determinado, con arreglo al artículo 6, apartado 1, letra b), de la Directiva relativa a la OEI, que el Derecho nacional permite, en principio, una determinada medida de investigación podrá pasar a efectuar en el asunto concreto que tiene ante sí la evaluación de la necesidad y la proporcionalidad, conforme al artículo 6, apartado 1, letra a), de dicha Directiva. Me parece, pues, que tiene más lógica explicar estas dos condiciones en orden inverso.

34. Tanto la condición abstracta como la concreta están relacionadas con la cuestión de la determinación de la autoridad competente para emitir una OEI en un caso dado. El órgano jurisdiccional remitente considera que la Fiscalía no era, en las circunstancias del caso de autos, la autoridad competente para emitir las OEI de traslado, desde Francia, de las pruebas consistentes en los datos de telecomunicaciones intervenidos.

35. El artículo 2, letra c), de la Directiva relativa a la OEI establece qué autoridades pueden emitir una OEI. La disposición pertinente presenta el siguiente tenor:

«c) “autoridad de emisión”:

i) un juez, órgano jurisdiccional, juez de instrucción o fiscal competente en el asunto de que se trate [...]».¹⁰

36. Así pues, el artículo 2, letra c), inciso i), de la Directiva relativa a la OEI enumera una serie de autoridades que pueden emitir una OEI autónomamente, sin posterior autorización. A diferencia de la Decisión Marco relativa a la ODE,¹¹ dicha Directiva incluye expresamente entre esas autoridades a los fiscales.¹² Así, en contraposición a la Decisión Marco relativa a la ODE, en el

¹⁰ Conforme al artículo 2, letra c), inciso ii), de dicha Directiva, la OEI también puede ser emitida por otra autoridad competente con arreglo al Derecho nacional cuando sea posteriormente validada por alguna de las autoridades enumeradas en el artículo 2, letra c), inciso i).

¹¹ Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (DO 2002, L 190, p. 1), en su versión modificada por la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009 (DO 2009, L 81, p. 24) (en lo sucesivo, «Decisión Marco relativa a la ODE»).

¹² En la sentencia de 2 de marzo de 2023, Staatsanwaltschaft Graz (Oficina Tributaria para delitos fiscales de Düsseldorf) (C-16/22, EU:C:2023:148), apartados 33 a 36, el Tribunal de Justicia declaró que los incisos i) y ii) del artículo 2, letra c), de la Directiva relativa a la OEI se excluyen mutuamente.

asunto Staatsanwaltschaft Wien (Órdenes de transferencia falsificadas), el Tribunal de Justicia declaró que un fiscal puede ser autoridad de emisión de una OEI, aunque no sea totalmente independiente frente al poder ejecutivo.¹³

37. No obstante, esta habilitación de principio de los fiscales no significa que sean la autoridad de emisión competente en todos los casos. Antes bien, ello dependerá de las circunstancias del caso y guarda relación con las condiciones impuestas en el artículo 6, apartado 1, de la Directiva relativa a la OEI. Por consiguiente, analizaré no solo *lo que* exigen estas condiciones de una autoridad de emisión, sino también cómo influyen estas en *la determinación* de tal autoridad.

1. Artículo 6, apartado 1, letra b), de la Directiva relativa a la OEI y caso interno similar

38. El artículo 6, apartado 1, letra b), de la Directiva relativa a la OEI impone como condición para emitir una OEI que quepa dictar la medida de investigación *en las mismas condiciones para un caso interno similar*.

39. Por tanto, es preciso interpretar qué constituye un caso interno similar cuando la OEI se emite para el traslado de pruebas existentes.

40. Ha de realizarse una observación antes de interpretar la expresión «caso interno similar». Tal problemática se ha suscitado y ha sido debatida por los participantes en el presente procedimiento dada la consideración del Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal)¹⁴ de que el artículo 6, apartado 1, letra b), de la Directiva relativa a la OEI en modo alguno se aplica a una OEI para el traslado de pruebas existentes. Según dicho Tribunal, el traslado de pruebas no es una medida de investigación como tal, por lo que queda fuera del ámbito de aplicación de esta disposición.

41. No comparto tal consideración. El artículo 6, apartado 1, letra b), de la Directiva relativa a la OEI establece las condiciones para la emisión de una OEI sin distinguir entre los dos tipos de medidas que se mencionan en su artículo 1. El tenor de esa disposición no deja fuera de su ámbito de aplicación las medidas de investigación mediante las que se solicite el traslado de pruebas existentes. En consecuencia, el artículo 6, apartado 1, letra b), de esta Directiva se aplica también a las OEI emitidas con el objeto de que se trasladen pruebas existentes, como ocurre en el caso de autos.¹⁵

¹³ Sentencia de 8 de diciembre de 2020 (C-584/19, EU:C:2020:1002), apartados 57 a 63. Por el contrario, en la sentencia de 27 de mayo de 2019, OG y PI (Fiscalía alemana en ese asunto no cumplía la exigencia de independencia necesaria para la emisión de una orden de detención europea (en lo sucesivo, «ODE»)). De lo anterior parece deducirse que un fiscal que no sea totalmente independiente frente al poder ejecutivo no puede emitir una ODE, pero sí una OEI. Ha de subrayarse que, en una y otra sentencias, la existencia de una vía de recurso frente al fiscal se consideró suficiente para la protección de los derechos fundamentales en el marco de la emisión de una OEI, pero insuficiente en el contexto de la emisión de una ODE.

¹⁴ Véase la resolución del Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal) a que se ha hecho referencia en la nota 4.

¹⁵ Ha de añadirse que, en la vista, se suscitó la cuestión de si el hecho de que se concediera a Alemania, a través de Europol, acceso en tiempo real a la comunicación intervenida (al menos a fecha de 3 de abril de 2020) habría de significar que Alemania estaba obligada a emitir una OEI mediante la que solicitara *recabar* esos datos. Como han explicado la Fiscalía de Berlín y el Gobierno alemán, ese acceso directo no se posibilitó a los fines de un proceso penal, sino solamente con fines policiales de prevención. Arguyeron que las OEI se requerían posteriormente para utilizar esas pruebas en el proceso penal alemán. Por el contrario, una OEI dirigida a recabar los datos que se pusieron a disposición en tiempo real a través de Europol no era necesaria (ni posible) por cuanto ese acceso a los datos no se produjo en relación con ningún procedimiento enumerado en el artículo 4 de la Directiva relativa a la OEI. Por tanto, esta Directiva no era aplicable al acceso por parte de la policía a los datos en tiempo real.

42. El caso interno similar pertinente en orden a evaluar si puede emitirse una OEI difiere en función de si la OEI se emite para recabar pruebas nuevas o para trasladar pruebas existentes. Por consiguiente, como sugieren la Comisión, la Fiscalía de Berlín y el Gobierno alemán, un caso interno similar es aquel en el que se trasladan pruebas de un proceso penal a otro dentro de Alemania (por ejemplo, de la Fiscalía de Múnich a la Fiscalía de Berlín).

43. Tal interpretación queda confirmada por el artículo 6, apartado 1, letra b), de la Directiva relativa a la OEI, a tenor del cual «la medida o medidas de investigación *requeridas en la OEI*»¹⁶ son aquellas que la autoridad debe poder ordenar en el plano interno. En el caso de autos, la medida requerida en las OEI consiste en el traslado de pruebas obrantes en poder de las autoridades francesas.

44. La cuestión de si cabe trasladar pruebas consistentes en comunicaciones intervenidas que se hayan recabado para una investigación o un proceso penal a otra investigación o proceso penal debe dilucidarse conforme al Derecho alemán. No se trata de una cuestión que la propia Directiva relativa a la OEI resuelva. Antes bien, esta Directiva se remite al Derecho del Estado de emisión.

45. ¿Tienen alguna importancia en esta evaluación las medidas subyacentes a través de las cuales se recabaron las pruebas en Francia?

46. En tanto en cuanto el Derecho nacional establezca condiciones para el traslado de pruebas entre procesos penales, la medida subyacente puede resultar pertinente. Si, por ejemplo, el Derecho alemán prohibiera trasladar telecomunicaciones intervenidas de una causa penal a otra en el plano interno, la autoridad de emisión también tendría vedada la posibilidad de ordenar tal traslado transfronterizo.

47. Sin embargo, no parece ser este el caso en el presente asunto. En la vista, el Gobierno alemán confirmó que, en Derecho alemán, se permite el traslado de pruebas de un proceso penal a otro, incluidas las recabadas merced a la intervención de comunicaciones. Las condiciones para tal traslado se establecen en el Strafprozessordnung (Código de Enjuiciamiento Criminal, Alemania; en lo sucesivo, «StPO»). Corresponde al órgano jurisdiccional remitente interpretar el Derecho alemán en orden a determinar si efectivamente es así.¹⁷

48. Sin embargo, la Directiva relativa a la OEI no exige a la autoridad de emisión examinar si las medidas subyacentes mediante las cuales se obtuvieron las pruebas se adoptaron legalmente en el Estado miembro de ejecución; más bien, incluso le prohíbe efectuar tal examen. Al emitir una OEI para el traslado de pruebas existentes, la autoridad de emisión está vinculada por el principio de reconocimiento mutuo, en el cual se sustenta la cooperación en materia penal en la Unión. A

¹⁶ El subrayado es mío.

¹⁷ Según mis averiguaciones, necesariamente superficiales, el artículo 477, apartado 2, del StPO contempla un traslado *ex officio* de los datos personales de un proceso penal a otro y el artículo 480, apartado 1, dispone que, en el procedimiento de instrucción y tras su terminación, corresponde al fiscal ordenar el traslado, mientras que, en los demás casos, corresponde al presidente del tribunal que conozca del asunto. La obligación de trasladar pruebas puede deducirse del principio de persecución obligatoria de los delitos establecido en el artículo 152, apartado 2. En principio, solamente puede efectuarse el traslado si las pruebas se refieren a un delito para cuyo enjuiciamiento podría haberse ordenado tal medida; de lo contrario, se requiere el consentimiento de la persona afectada. Vogel, B., Köppen, P., y Wahl, T., «Access to Telecommunication Data in Criminal Justice: Germany» en Sieber, U., y von zur Mühlen, N., (eds.), *Access to Telecommunication Data in Criminal Justice. A Comparative Analysis of European Legal Orders*, Duncker & Humblot, Berlín, 2016, p. 518; Gieg, G., en Barthe, C., y Gericke, J. (eds.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, artículo 477, apartado 1; artículo 479, apartado 3, C. H. Beck, Múnich, 2023.

menos que las medidas subyacentes se declaren ilegales en un proceso judicial en Francia, que el afectado debe poder entablar,¹⁸ la autoridad de emisión no puede cuestionar la legalidad de esas medidas.

49. M. N. ha argumentado que distinguir entre el traslado de pruebas y las medidas a través de las cuales estas se obtuvieron permite que se eluda la protección conferida a los sospechosos o acusados en virtud de la legislación del Estado de emisión. En su opinión, las autoridades alemanas acudieron a sus homólogas francesas para obtener pruebas que no se ajustan al Derecho alemán.

50. Los hechos del caso de autos no arrojan sospechas de que se incurriera en un abuso de procedimientos de investigación transfronterizos. Francia obtuvo las pruebas en cuestión en el marco de su propia investigación penal. Aunque se daba la circunstancia de que esas pruebas también presentaban interés para Alemania, Francia no emprendió su obtención a los fines de la investigación penal alemana. Así pues, aunque fuera cierto que un juez alemán no autorizaría tal intervención de llevarse a cabo en Alemania, las autoridades francesas adoptaron tales medidas de conformidad con el Derecho francés y con la autorización del tribunal francés competente.

51. El que los sistemas de Derecho penal de los Estados miembros difieran significativamente¹⁹ no significa que un sistema proteja los derechos fundamentales de los sospechosos y acusados mientras que otro los viola. Por el contrario, la cooperación judicial en materia penal en la Unión se basa en la premisa de que todos los Estados miembros respetan los derechos fundamentales. Aunque cabe demostrar en un caso concreto ante el tribunal competente que esa premisa no se cumple, ello no puede poner en entredicho el principio de confianza mutua en que se sustentan la OEI y otros instrumentos de cooperación en materia penal.

52. En consecuencia, conforme al artículo 6, apartado 1, letra b), de la Directiva relativa a la OEI, la autoridad de emisión tiene que comprobar si, en Alemania, los datos recabados mediante la intervención de telecomunicaciones a los fines de un proceso penal pueden trasladarse a otro proceso penal. De ser así, esa autoridad puede emitir una OEI con el objeto de que se le trasladen las pruebas que se han recabado mediante intervención de telecomunicaciones en otro Estado miembro. Al emitir tal OEI, la autoridad de emisión no puede cuestionar la legalidad de las medidas mediante las cuales se obtuvieron las pruebas en el Estado miembro de ejecución.

53. Por último, mediante su cuestión subsidiaria tercera, letra b), el órgano jurisdiccional remitente pregunta si tiene alguna relevancia que la intervención llevada a cabo por el Estado de ejecución incluyera datos de teléfonos móviles de usuarios en Alemania o que tal intervención

¹⁸ La cuestión de si las personas afectadas por las intervenciones de EncroChat pudieron interponer recurso en Francia es una cuestión que está pendiente de resolución ante el TEDH. Véase la nota 4.

¹⁹ Los procedimientos penales nacionales varían en gran medida entre los Estados miembros no solo en lo referente a las medidas de investigación disponibles [Armada, I., «The European Investigation Order and the Lack of European Standards for Gathering Evidence: Is a Fundamental Rights-Based Refusal the Solution?», *New Journal of European Criminal Law*, vol. 6(1), 2015, p. 9], sino también en lo atinente a los requisitos a que se supedita su utilización [Bachmaier, L., «Mutual Recognition and Cross-Border Interception of Communications: The Way Ahead for the European Investigation Order» en Brière, C., y Weyembergh, A., (eds.), *The Needed Balances in EU Criminal Law: Past, Present and Future*, Hart Publishing, Oxford, 2018, p. 317]. A título ilustrativo, respecto de la intervención de comunicaciones, algunos Estados miembros establecen una lista de delitos para cuya investigación puede decretarse tal medida (por ejemplo, Alemania), otros imponen la exigencia de una pena mínima (por ejemplo, Francia) y otros emplean una combinación de estos dos criterios. Además, distintas legislaciones nacionales permiten tal medida de investigación a condición de que exista un cierto grado de sospecha o previo examen obligatorio de su necesidad (consistente en determinar si se lograría idéntico resultado con una medida menos intrusiva). Por último, existen divergencias entre los Estados miembros en cuanto a la duración máxima de la orden de intervención y a la posibilidad de prorrogarla [véase Tropina, T., «Comparative Analysis» en Sieber, U., y von zur Mühlen, N., (eds.), *Access to Telecommunication Data in Criminal Justice. A Comparative Analysis of European Legal Orders*, Duncker & Humblot, Berlín, 2016, pp. 67 a 72 y 77 a 79].

fuera en interés de procesos penales en este último Estado. Considero que estas circunstancias, incluso de ser ciertas, no tienen relevancia alguna para la interpretación del artículo 6, apartado 1, letra b), de la Directiva relativa a la OEI.

54. En primer término, el hecho de que la intervención afectara a teléfonos móviles de usuarios en territorio alemán no tiene ninguna relevancia para la aplicabilidad del artículo 6, apartado 1, letra b), de dicha Directiva porque, independientemente de dónde se obtuvieran las pruebas, para que puedan trasladarse de Francia a Alemania en virtud de una OEI es necesario cumplir la normativa alemana aplicable a un caso interno similar.

55. En segundo término, el presupuesto de que las autoridades francesas intervinieron las comunicaciones en interés de Alemania es una consideración fáctica que no se motiva en la resolución de remisión y sobre la cual el Tribunal de Justicia no está en condiciones de alcanzar conclusiones; lo que es más importante, nada en el artículo 6, apartado 1, letra b), de la Directiva relativa a la OEI lleva a concluir que el interés del Estado de emisión sea relevante para su interpretación.

Conclusión intermedia

56. Cuando se emite una OEI para el traslado de pruebas que ya obran en poder de otro Estado, la referencia a un caso interno similar que figura en el artículo 6, apartado 1, letra b), de la Directiva relativa a la OEI requiere que la autoridad de emisión determine si la legislación nacional pertinente permite el traslado de pruebas obtenidas mediante intervención de comunicaciones entre procesos penales internos y en qué condiciones lo permite.

57. Al decidir si puede emitir una OEI para el traslado de pruebas existentes, la autoridad de emisión no puede examinar la legalidad de la obtención de pruebas subyacente en el Estado de ejecución cuyo traslado solicita mediante OEI.

58. Es irrelevante para la anterior respuesta que las medidas subyacentes se ejecutaran en el territorio del Estado de emisión o en interés de dicho Estado.

2. Artículo 6, apartado 1, letra b), de la Directiva relativa a la OEI y autoridad de emisión competente

59. El órgano jurisdiccional remitente considera que las OEI en el presente caso deberían haber sido emitidas por un tribunal, en vez de por un fiscal. A este respecto, pregunta, en primer lugar, si tal conclusión se deriva de una lectura conjunta de los artículos 2, letra c), inciso i), y 6, apartado 1, letra b), de Directiva relativa a la OEI y, en segundo lugar, si el hecho de que las autoridades francesas intervinieran teléfonos móviles en territorio alemán influye en la respuesta a esta cuestión.

60. El Tribunal de Justicia ya ha explicado que el artículo 6, apartado 1, letra b), de la Directiva relativa a la OEI es pertinente para determinar la autoridad de emisión competente en un caso dado. En el asunto Spetsializirana Prokuratura (Datos relativos al tráfico y a la localización), el Tribunal de Justicia puso en relación el artículo 2, letra c), inciso i), de esta Directiva con el

artículo 6, apartado 1, letra b), de la misma.²⁰ Explicó que una OEI debe ser emitida por un tribunal si así lo exige el Derecho del Estado miembro de emisión en relación con la misma medida en un contexto interno.²¹ En tal caso, la autoridad de emisión *competente* es un tribunal, aunque se mencione al fiscal en el artículo 2, letra c), inciso i), de dicha Directiva.²²

61. En resumen, aunque un fiscal puede ser, en principio, autoridad de emisión, es el Derecho nacional aplicable en un caso interno similar el que determina la autoridad de emisión competente en un caso dado.

62. Teniendo en cuenta mi anterior análisis acerca de lo que debe entenderse por caso interno similar con arreglo al artículo 6, apartado 1, letra b), de la Directiva relativa a la OEI cuando la OEI se emite para el traslado de pruebas existentes, la OEI debería haber sido emitida por un tribunal si el Derecho alemán así lo requiere en un traslado interno de datos de telecomunicaciones intervenidos.

63. Por tanto, para determinar la autoridad de emisión competente, es irrelevante la cuestión de si, en Derecho alemán, un tribunal tendría que autorizar las medidas de intervención. La única pregunta que hay que plantearse es si un tribunal tendría que autorizar un traslado interno similar. No parece que sea así en Derecho alemán.

64. Dicho esto, persiste una importante inquietud. Si el traslado de pruebas existentes hubiera tenido lugar en el plano interno, entre fiscales (por ejemplo, de la Fiscalía de Múnich a la Fiscalía de Berlín), la medida subyacente de intervención de las telecomunicaciones habría sido ordenada, conforme al Derecho alemán, por un tribunal. De esta manera, la proporcionalidad de la injerencia en los derechos fundamentales habría sido controlada por un tribunal. Ello hace que resulte aceptable, desde el punto de vista de la protección de los derechos de los sospechosos y acusados, permitir la utilización de esas pruebas en otro proceso penal sin que vuelva a intervenir un tribunal.

65. Sin embargo, cuando la medida subyacente se rige por otro sistema jurídico, una norma que no requiere el control judicial del traslado de pruebas existentes opera en un contexto diferente y desconocido.²³

²⁰ Sentencia de 16 de diciembre de 2021 (C-724/19, EU:C:2021:1020), apartados 35 y 44. Véase asimismo la sentencia de 8 de diciembre de 2020, Staatsanwaltschaft Wien (Órdenes de transferencia falsificadas) (C-584/19, EU:C:2020:1002), apartado 52.

²¹ Sentencia de 16 de diciembre de 2021, Spetsializirana prokuratura (Datos relativos al tráfico y a la localización) (C-724/19, EU:C:2021:1020), apartados 35 y 45.

²² También tiene sentido desde la perspectiva de evitar el *forum shopping*: si el Derecho nacional requiere la participación de un tribunal en el plano interno, el empleo de una OEI no debe prescindir de tal requisito. Mangiaracina, A., «A New and Controversial Scenario in the Gathering of Evidence at the European Level: The Proposal for a Directive on the European Investigation Order», *Utrecht Law Review*, vol. 10(1), 2014, p. 126.

²³ Debe señalarse, no obstante, que los esfuerzos por garantizar una armonización mínima en el ámbito del Derecho procesal penal juegan un destacado papel importante en «familiarizar» entre sí los distintos sistemas jurídicos de los Estados miembros. Tengo en mente aquí instrumentos como la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio (DO 2016, L 65, p. 1), o la Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales (DO 2012, L 142, p. 1).

66. No obstante, en el caso de autos, la intervención de las telecomunicaciones fue autorizada por los tribunales franceses.²⁴El principio de reconocimiento mutuo, en el que se basa el sistema de la OEI, exige que las autoridades alemanas atribuyan a esa actuación procesal el mismo valor que el que le otorgarían en el plano interno. Ello es así aun cuando, en un caso dado, un tribunal alemán decidiría otra cosa.

67. Pero, ¿y si la legislación francesa no exigiera autorización judicial para las medidas de intervención? En la vista, la Comisión afirmó que, en tal caso, la situación sería diferente y alegó al respecto que la OEI mediante la que se solicitara el traslado de pruebas existentes podría considerarse contraria al Derecho de la Unión si los tribunales franceses no hubieran autorizado la medida subyacente. Ello daría pie a considerar que el artículo 6, apartado 1, letra b), de la Directiva relativa a la OEI no mantiene una posición de total indiferencia hacia la medida subyacente cuando una OEI se emite para el traslado de pruebas existentes.

68. Cuando el Derecho nacional faculta a un fiscal para solicitar el traslado de pruebas porque su obtención inicial había sido autorizada por un tribunal, a mi modo de ver, tal norma nacional resulta pertinente con arreglo al artículo 6, apartado 1, letra b), de la Directiva relativa a la OEI. Ello significa que la autoridad de emisión debe comprobar si la medida subyacente recibió la autorización judicial requerida conforme al Derecho nacional. Sin embargo, la autoridad de emisión no podría cuestionar la calidad de tal autorización, sino que vendría obligada a aceptar la autorización judicial concedida en el Estado de ejecución del mismo modo que lo haría con una nacional.

69. En cambio, en caso de que en el Estado de ejecución no interviniera un tribunal en la autorización de la medida subyacente, mientras que en el Estado de emisión sí se requeriría tal autorización en un caso interno similar, este último Estado podría exigir una autorización judicial para emitir una OEI de traslado de pruebas existentes. Así sería aun cuando el referido Estado no requiriera tal autorización para el traslado de pruebas en el plano interno.

70. En el caso de autos, todas las actuaciones que se llevaron a cabo para recabar datos a través del servidor de EncroChat en Francia fueron autorizadas por los tribunales franceses competentes.²⁵ Consiguientemente, no aprecio razón alguna para que un fiscal alemán no pudiera emitir una OEI para el traslado de esas pruebas.

71. El órgano jurisdiccional remitente ha planteado la cuestión subsidiaria primera, letra b), que parte de la premisa de que las autoridades alemanas promovieron la obtención de los datos por parte de Francia en interés de Alemania, obtención que se ejecutó en territorio alemán.²⁶

72. Esta cuestión es parcialmente hipotética, pues la obtención de pruebas fue una iniciativa de las autoridades francesas a los fines de su propia investigación. El descubrimiento de los usuarios alemanes de EncroChat fue la consecuencia de la intervención de las telecomunicaciones, y no la causa de esa intervención.

²⁴ En este contexto, ya he mencionado que, en abril de 2022, el Conseil constitutionnel (Consejo Constitucional) declaró conforme con la Constitución francesa la legislación francesa en virtud de la cual se había ordenado la intervención de EncroChat. Véase la nota 4.

²⁵ Según el órgano jurisdiccional remitente, por el tribunal correctionnel de Lille (Tribunal de lo Penal de Lila).

²⁶ Habida cuenta de que los teléfonos móviles de los usuarios alemanes en los que estaban almacenados los datos se encontraban en Alemania.

73. En mi opinión, el que determinados usuarios de EncroChat se hallaran en territorio alemán no tiene relevancia alguna para el concepto de autoridad de emisión. Como solo cabe emitir la OEI respecto de medidas que puedan adoptarse en un caso interno similar, las mismas normas nacionales relativas a la autoridad de emisión se aplican con independencia de dónde se ejecutara la medida de investigación y de quién la ejecutara. La única diferencia estriba en si se utilizará una OEI o una orden de investigación nacional.²⁷

Conclusión intermedia

74. En caso de que una medida subyacente en el Estado de ejecución fuera autorizada por un juez, no se requiere que una OEI para el traslado de tales pruebas sea emitida también por un juez, aun cuando, con arreglo al Derecho del Estado de emisión, la obtención de pruebas subyacente tendría que ser ordenada por un juez.

75. El hecho de que la intervención se ejecutara en el territorio de otro Estado miembro no tiene relevancia alguna en la determinación de la autoridad de emisión.

3. Artículo 6, apartado 1, letra a), de la Directiva relativa a la OEI y proporcionalidad

76. Con arreglo al artículo 6, apartado 1, letra a), de esta Directiva, la OEI debe ser necesaria y proporcionada a los fines del proceso penal, teniendo en cuenta los derechos del sospechoso o acusado.²⁸

77. Tal evaluación de la proporcionalidad se rige tanto por el Derecho de la Unión como por el Derecho del Estado de emisión.²⁹

78. La autoridad de emisión debe cerciorarse de que la OEI es necesaria y proporcionada en vista de las circunstancias concurrentes en el momento de su emisión. A este respecto, M. N. acierta al sostener que, para la evaluación de la proporcionalidad de una OEI, es a todas luces irrelevante que la investigación penal haya sido muy exitosa y haya dado lugar a numerosas condenas por delitos graves.

79. Antes bien, lo que hay que preguntarse es si el grado de injerencia en la vida privada que supone el acceso del fiscal a las pruebas objeto de traslado puede justificarse por la importancia del interés público en la investigación o el proceso penal de que se trata, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

²⁷ La relevancia de que la intervención se ejecute en el territorio del Estado de emisión se abordará en el cuarto bloque de cuestiones, que versan sobre la interpretación del artículo 31 de la Directiva relativa a la OEI. Véase el epígrafe D.

²⁸ El considerando 11 de la Directiva relativa a la OEI aclara este precepto señalando que «la autoridad de emisión debe asegurarse, por consiguiente, de que la prueba buscada sea necesaria y proporcionada para el procedimiento, de que la medida de investigación escogida sea necesaria y proporcionada para obtener la prueba en cuestión, y de si procede implicar a otro Estado miembro en la obtención de dicha prueba por medio de la emisión de una OEI». Como resulta de su tenor, este considerando se centra principalmente en el primer tipo de OEI, esto es, la de obtención de pruebas nuevas.

²⁹ El formulario mediante el que se emite una OEI contiene una casilla dedicada a que la autoridad de emisión explique detalladamente por qué es necesario emitir la OEI en las circunstancias del caso (anexo A, sección G, de la Directiva OEI). Sobre la relevancia de ese formulario para la evaluación de la proporcionalidad, véase Bachmaier Winter, L., «The Role of the Proportionality Principle in Cross-Border Investigations Involving Fundamental Rights» en Ruggeri, S., (ed.), *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings: A Study in Memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina*, Springer, Berlín, 2013, p. 318.

80. A este respecto, en su jurisprudencia relativa a la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas,³⁰ el Tribunal de Justicia ha declarado que el acceso de las autoridades públicas a los datos de tráfico y de localización representa siempre una injerencia grave en la vida privada de las personas afectadas.³¹

81. Aunque la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas no se aplica como tal al caso de autos,³² las conclusiones relativas a la injerencia grave en los derechos fundamentales a consecuencia del acceso a los datos de tráfico y de localización también son pertinentes para el caso de autos: el acceso de las autoridades públicas alemanas a los datos de comunicaciones trasladados desde Francia puede calificarse de injerencia grave en los derechos fundamentales. No obstante, incluso una injerencia grave puede justificarse por un interés público igualmente importante.³³

82. Ese interés solo puede ser examinado por la autoridad de emisión (o el tribunal nacional encargado del control con arreglo al artículo 14, apartado 2, de la Directiva relativa a la OEI) considerando todas las circunstancias del caso, lo que se rige principalmente por el Derecho nacional.³⁴ Como ya he explicado, el Derecho nacional pertinente es el que regula el traslado de pruebas de un proceso penal a otro.

83. El Tribunal de Justicia no puede sustituir a la autoridad de emisión o al tribunal encargado del control en la evaluación de la proporcionalidad de una determinada OEI. Aparte de que carece de competencia para ello, tampoco tiene un conocimiento exhaustivo de todos los elementos de hecho y de Derecho de una determinada investigación penal. Por consiguiente, no corresponde al Tribunal de Justicia decidir si es desproporcionado ordenar el traslado de los datos de todos los usuarios de EncroChat en Alemania de no existir pruebas concretas de los delitos cometidos.

84. Mediante su segunda cuestión, letra b), el órgano jurisdiccional remitente pregunta si el hecho de que esté sometido a secreto el método de intervención de los datos debe tenerse en cuenta en la evaluación de la proporcionalidad cuando las autoridades del Estado de emisión no pueden comprobar la integridad de los datos recabados.

85. En mi opinión, es cierto que dicho secreto puede influir en la posibilidad de que el sospechoso o acusado se defienda. No obstante, se trata de una cuestión pertinente para la admisibilidad de las pruebas, que se abordará en el quinto bloque de cuestiones prejudiciales del órgano jurisdiccional remitente.

³⁰ Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas) (DO 2002, L 201, p. 37; en lo sucesivo, «Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas»).

³¹ Véanse, por ejemplo, la sentencia de 2 de marzo de 2021, Prokuratuur (Condiciones de acceso a los datos relativos a las comunicaciones electrónicas) (C-746/18, en lo sucesivo, «sentencia Prokuratuur», EU:C:2021:152), apartado 39, y de 5 de abril de 2022, Commissioner of An Garda Síochána y otros (C-140/20, EU:C:2022:258), apartado 44.

³² Esta Directiva solo se aplica a las situaciones en las que las autoridades de un Estado acceden a los datos de tráfico y de localización conservados por los operadores de comunicaciones electrónicas. Por el contrario, no se aplica cuando esas autoridades interceptan directamente datos de comunicaciones electrónicas. Véase, en este sentido, la sentencia de 6 de octubre de 2020, La Quadrature du Net y otros (C-511/18, C-512/18 y C-520/18, EU:C:2020:791), apartado 103.

³³ Véase, por analogía, la sentencia de 21 de junio de 2022, Ligue des droits humains (C-817/19, EU:C:2022:491), apartado 122.

³⁴ Por ejemplo, respecto del grado de sospecha necesario para decretar una determinada medida de investigación.

Conclusión intermedia

86. La evaluación de la necesidad y proporcionalidad de una OEI mediante la que se solicita el traslado de pruebas existentes corresponde a la autoridad de emisión, con la posibilidad de que el tribunal competente controle tal evaluación. En la referida evaluación debe tomarse en consideración que el acceso de la autoridad nacional a los datos de comunicación intervenidos constituye una injerencia grave en la vida privada de las personas afectadas. Esa injerencia solo puede justificarse por un interés público importante en la investigación y persecución de los delitos.

4. *¿Exige el Derecho de la Unión que la proporcionalidad sea evaluada por un tribunal en los casos de injerencia grave en los derechos fundamentales?*

87. Mediante su primera cuestión prejudicial, letra c), el órgano jurisdiccional remitente pregunta si el Derecho de la Unión, independientemente del Derecho nacional aplicable, obliga a que un tribunal autorice el acceso de un fiscal a la prueba obtenida mediante intervención de comunicaciones.

88. El órgano jurisdiccional remitente sugiere que la emisión de una OEI para el traslado de pruebas consistentes en datos de telecomunicaciones intervenidos requiere indefectiblemente de autorización judicial. Dicho órgano jurisdiccional se ha referido a la sentencia Prokuratuur.

89. En dicha sentencia, el Tribunal de Justicia declaró que, para que las autoridades públicas puedan acceder a los datos conservados por los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas, se requiere autorización de un tribunal u otro órgano imparcial.³⁵ El Tribunal de Justicia se apoyó en el convincente argumento de su Abogado General,³⁶ según el cual el fiscal, parte en el proceso penal, no puede considerarse imparcial. Por esa razón, es dudoso que el fiscal pueda llevar a cabo la evaluación de la proporcionalidad sin anteponer el interés de la acusación a los intereses de la intimidad y de la protección de los datos de los sospechosos y acusados.

90. Como el artículo 6, apartado 1, letra a), de la Directiva relativa a la OEI también exige que la OEI sea proporcionada, cabe preguntarse si, siguiendo la lógica de la sentencia Prokuratuur, puede encomendarse a un fiscal la realización de tal evaluación de la proporcionalidad.

91. Esta Directiva ha atribuido a los ordenamientos jurídicos nacionales la determinación de si un fiscal puede emitir una OEI, lo cual tiene sentido dadas las diferencias existentes en la organización de los sistemas de justicia penal de los Estados miembros. Esa determinación en los ordenamientos jurídicos nacionales plantea la pregunta de si el fiscal puede llevar a cabo una evaluación de la proporcionalidad que sea imparcial. Si ser parte en el proceso penal entrañase la improcedencia de que el fiscal emita una OEI, el artículo 2, letra c), inciso i), de la Directiva relativa a la OEI quedaría vacío de contenido.

92. No obstante, el órgano jurisdiccional remitente ha querido sugerir que el Derecho de la Unión debería intervenir y requerir autorización judicial solo cuando las medidas supongan una injerencia grave en los derechos fundamentales. Tal era ciertamente la situación concurrente en

³⁵ Sentencia Prokuratuur, apartados 51, 53 y 54.

³⁶ Conclusiones del Abogado General Pitruzzella presentadas en el asunto Prokuratuur (Condiciones de acceso a los datos relativos a las comunicaciones electrónicas) (C-746/18, EU:C:2020:18), puntos 103 a 123.

el asunto *Prokuratuur* (Condiciones de acceso a los datos relativos a las comunicaciones electrónicas) y en otros relativos a la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas.

93. La respuesta sucinta es que la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas y la jurisprudencia pertinente recaída en relación con ella no se aplican al caso de autos. Solo son pertinentes cuando los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas están obligados, en virtud del Derecho nacional, a conservar los datos de tráfico y de localización asociados a las comunicaciones electrónicas y cuando las autoridades públicas requieren el acceso a los datos conservados de esa manera. Cuando la intervención la realizan directamente los Estados miembros sin que se imponga obligación alguna a los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas, no se aplica la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas, sino el Derecho nacional.³⁷

94. No obstante, si profundizamos en la lógica de la sentencia *Prokuratuur*, como ha sugerido el órgano jurisdiccional remitente, cabe preguntarse qué llevo al Tribunal de Justicia a considerar que un fiscal, por la naturaleza de sus funciones, no está en condiciones de llevar a cabo una evaluación de la proporcionalidad que sea imparcial cuando se trata de requerir el acceso a datos de comunicaciones electrónicas a los proveedores de servicios de red.

95. En el contexto de la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas, los datos a los que accede un fiscal son invariablemente aquellos que obran en poder de los operadores de comunicaciones electrónicas que, en virtud del Derecho nacional, están obligados a conservar los datos de tráfico y localización de toda la población. Los datos que así se conservan no se refieren a un caso concreto, sino a una vigilancia masiva. La solicitud de acceso por parte de un fiscal para una concreta investigación penal es la primera ocasión en que las circunstancias individuales pueden tomarse en consideración. Por consiguiente, se justificaba exigir que un tribunal evaluase la proporcionalidad de ese acceso, pues la intervención de este resulta necesaria para evitar el abuso consistente en acceder de manera masiva y general a datos conservados.

96. Ello distingue las conclusiones a las que se llegó en la sentencia *Prokuratuur* de la situación concurrente en el caso de autos. En este, los datos objeto del traslado no se recabaron de toda la población indiscriminadamente, sino a los fines de una concreta investigación penal en Francia. En esa primera actuación en la que se consiguieron esos datos, su obtención se sometió al control de un tribunal.

97. Consiguientemente, el grado de injerencia en los derechos fundamentales a la vida privada y la protección de los datos que motivó la sentencia *Prokuratuur* no es el mismo que el grado de injerencia en el contexto del caso de autos. Los datos cuyo traslado se solicitó mediante las tres OEI emitidas por la Fiscalía General de Fráncfort se circunscribían exclusivamente a los usuarios de EncroChat en Alemania en un contexto en el que existían sospechas de que este servicio se utilizaba predominantemente para cometer delitos.

98. Lo anterior no significa que la injerencia en la vida privada de esas personas carezca de importancia. Sin embargo, no puede compararse con la vigilancia masiva de toda la población.

³⁷ Sentencia de 6 de octubre de 2020, *La Quadrature du Net y otros* (C-511/18, C-512/18 y C-520/18, EU:C:2020:791), apartado 103.

99. Además de obligar a la autoridad de emisión a realizar y explicar su evaluación de la proporcionalidad, la Directiva relativa a la OEI establece otras salvaguardas. Para el caso de que los fiscales conculquen derechos fundamentales, su artículo 14, apartado 1, exige que los Estados miembros velen por que haya vías de recurso equivalentes a las existentes en un caso interno similar. Por consiguiente, el sospechoso o acusado debe poder recurrir la evaluación de la proporcionalidad efectuada por el fiscal al emitir una OEI para el traslado de pruebas.³⁸ No es este el caso de la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas.

100. Para terminar, quisiera referirme brevemente a la pertinencia de la Directiva (UE) 2016/680³⁹ para la determinación de la autoridad de emisión. Este interrogante se ha suscitado porque, en su sentencia *La Quadrature du Net*, el Tribunal de Justicia explicó que la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas no se aplica a la intervención directa de los datos. Por el contrario, el Derecho nacional se aplica «sin perjuicio de la aplicación de la Directiva [2016/680]». ⁴⁰ Por lo tanto, la cuestión que se plantea es si de la Directiva 2016/680 se deriva la obligación de que un tribunal emita una OEI para el traslado de pruebas existentes cuando estas consistan en datos intervenidos.

101. En efecto, la Directiva 2016/680, que protege los datos personales en el ámbito de las investigaciones penales, puede aplicarse en el caso de autos.⁴¹ No obstante, en mi opinión, dicha Directiva no contiene ninguna norma que permita al Tribunal de Justicia concluir que el Derecho de la Unión impone a los Estados miembros la obligación de garantizar que el acceso directo del fiscal a los datos recabados mediante intervención de comunicaciones se someta a autorización judicial.

102. La referida Directiva regula las obligaciones de las autoridades públicas que actúan como responsables del tratamiento de los datos, a las que se exige, entre otros cometidos, llevar a cabo una evaluación de la proporcionalidad,⁴² pero no determina de qué autoridades se trata.

³⁸ En la jurisprudencia desarrollada por el TEDH en relación con el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), que garantiza el derecho al respeto a la vida privada, se han considerado contrarias a este artículo diversas situaciones en las que la legislación no requería un examen de la proporcionalidad y no preveía un control judicial. Véase, por ejemplo, TEDH, sentencia de 12 de enero de 2016, *Szabó y Vissy c. Hungría*, CE:ECHR:2016:0112JUD003713814, § 89.

³⁹ Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo (DO 2016, L 119, p. 89).

⁴⁰ Sentencia de 6 de octubre de 2020 (C-511/18, C-512/18 y C-520/18, EU:C:2020:791), apartado 103.

⁴¹ Analizado a la luz de la referida Directiva, el presente asunto puede describirse como dos casos de tratamiento de datos personales: primero, las autoridades francesas competentes tenían la consideración de responsables del tratamiento cuando intervinieron y recabaron los datos de comunicaciones electrónicas a efectos de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales, y, segundo, al trasladar esos datos a la Fiscalía de Fráncfort, que los solicitó para una investigación penal en Alemania sobre la base de las OEI, esa Fiscalía pasó a ser responsable del tratamiento.

⁴² El Tribunal de Justicia ha declarado que, en el contexto del tratamiento de los datos para un fin distinto de aquel para el que se hayan recabado, conforme al artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2016/680, la apreciación del cumplimiento de los principios rectores del tratamiento de los datos en el ámbito de esta Directiva debe realizarse, específica y autónomamente, cada vez que se traten los datos. Véase la sentencia de 8 de diciembre de 2022, *Inspektor v Inspektorata kam Visshia sadeben savet* (Fines del tratamiento de datos personales — Instrucción penal) (C-180/21, EU:C:2022:967), apartado 56.

Conclusión intermedia

103. El Derecho de la Unión no exige que la OEI para el traslado de pruebas existentes que se hayan obtenido mediante intervención de telecomunicaciones sea emitida por un tribunal cuando el Derecho nacional determina que un fiscal puede ordenar tal traslado en un caso interno similar.

D. Artículo 31 de la Directiva relativa a la OEI y obligación de notificación

104. Mediante su cuarto bloque de cuestiones prejudiciales, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si la intervención de comunicaciones que llevaron a cabo las autoridades francesas debería haberse sometido a la obligación de notificación del artículo 31 de la Directiva relativa a la OEI. En caso afirmativo, también pregunta si tal notificación debería haberse dirigido a un juez, dado que, con arreglo al Derecho alemán, solo un juez podría haber autorizado la intervención de las comunicaciones.

105. Por lo que aquí interesa, el artículo 31 de dicha Directiva dispone:

«1. Cuando, a efectos de llevar a cabo una medida de investigación, la autoridad competente de un Estado miembro (“el Estado que realiza la intervención”) autorice la intervención de telecomunicaciones, y se utilice la dirección de comunicaciones de la persona que sea objeto de los procedimientos penales que figura en la orden de intervención en el territorio de otro Estado miembro (“el Estado notificado”) cuya asistencia técnica no se necesite para llevar a cabo dicha intervención, el Estado que realiza la intervención deberá notificar a la autoridad competente del Estado notificado [...] dicha intervención:

- a) antes de la intervención, en aquellos casos en los que la autoridad competente del Estado miembro que realiza la intervención ya esté informada, al ordenar la intervención, de que la persona que sea objeto de los procedimientos penales de la misma se encuentra o se encontrará en el territorio del Estado notificado;
- b) durante la intervención o después de esta, inmediatamente después de tener conocimiento de que la persona objeto de los procedimientos penales de intervención se encuentra, o se ha encontrado durante la intervención, en el territorio del Estado miembro notificado.

2. La notificación a que se refiere el apartado 1 se efectuará por medio del formulario establecido en el anexo C.

[...]»

106. El artículo 31 de la Directiva relativa a la OEI se refiere a aquellas situaciones en que un Estado miembro lleva a cabo la intervención de telecomunicaciones en el territorio de otro Estado miembro sin necesidad de que este le preste asistencia técnica.⁴³

⁴³ Cuando se requiere la asistencia técnica del Estado miembro en cuyo territorio se lleva a cabo la intervención, se aplica el artículo 30 de la Directiva relativa a la OEI.

107. Esta disposición persigue dos objetivos. Primero, como continuación de la cortesía internacional prevista en anteriores acuerdos en materia de asistencia judicial,⁴⁴ la obligación de notificación tiene como función reforzar la confianza mutua entre los participantes en el espacio de libertad, seguridad y justicia.⁴⁵ Segundo, la notificación cumple el cometido de posibilitar que el Estado miembro notificado proteja los derechos fundamentales de las personas en su territorio.⁴⁶

108. El artículo 31 de la Directiva relativa a la OEI se aplica cuando está en curso una medida transfronteriza, aunque sin OEI, porque la está llevando a cabo unilateralmente un Estado miembro.⁴⁷

109. Esta interpretación se deduce del tenor del artículo 31 de la Directiva relativa a la OEI, que, a diferencia del artículo 30 de la misma, en modo alguno menciona la emisión de una OEI. De igual manera, dicho artículo 31 no emplea las expresiones Estados miembros «de emisión» y «de ejecución», sino Estado miembro «que realiza la intervención» y Estado miembro «notificado».⁴⁸

110. A mi modo de ver, este precepto se refiere precisamente a situaciones como la intervención, por Francia, de datos de telecomunicaciones de teléfonos móviles en Alemania en el marco de la investigación penal francesa. Por tanto, Francia debería haber informado a las autoridades alemanas en cuanto advirtió que parte de los datos intervenidos procedían de teléfonos móviles situados en Alemania.⁴⁹

111. ¿A qué autoridad alemana debería haber dirigido Francia la notificación? A diferencia de lo que hace en otras ocasiones, la Directiva relativa a la OEI no impone a los Estados miembros la obligación de indicar la autoridad nacional competente para recibir tales notificaciones.⁵⁰ Por consiguiente, el Estado que realiza la intervención no puede saber cuál es el órgano competente para recibir tal notificación en el Estado miembro notificado.

112. Así pues, Francia no estaba obligada a dirigir la notificación a un tribunal alemán competente, sino que, por ejemplo, también podría haberla dirigido a un fiscal. Incumbe a los Estados miembros notificados recibir esa notificación y remitirla a la autoridad que sea competente en virtud del Derecho nacional.

Conclusión intermedia

113. Un Estado miembro que, durante una investigación penal o procedimiento penal que realice unilateralmente, interviene telecomunicaciones en el territorio de otro Estado miembro debe notificar a este la intervención.

⁴⁴ El tenor del artículo 31 de la Directiva relativa a la OEI se corresponde en gran medida con el artículo 20 del Convenio celebrado por el Consejo de conformidad con el artículo 34 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea (DO 2000, C 197, p. 3).

⁴⁵ Bachmaier, L., citado en la nota 19, p. 330.

⁴⁶ En concreto, el artículo 31, apartado 3, de la Directiva relativa a la OEI permite a la autoridad competente del Estado notificado comprobar si tal intervención se permitiría en un caso interno similar y, dentro de las 96 horas siguientes a la recepción de la notificación, notificar al Estado miembro que realiza la intervención que esta no puede efectuarse, que se le debe poner fin o que los datos recabados no pueden utilizarse o solo pueden utilizarse con determinadas condiciones.

⁴⁷ Por lo tanto, no estoy de acuerdo con el Gobierno francés, que ha argumentado que el artículo 31 de la Directiva relativa a la OEI no es aplicable en el caso de autos porque la intervención de las comunicaciones no se llevó a cabo a los efectos de ejecutar una OEI, sino que se produjo antes de que esta se emitiera.

⁴⁸ Bachmaier, L., citado en la nota 19, p. 331.

⁴⁹ Para cumplir la obligación de notificación impuesta por el artículo 31 de la Directiva relativa a la OEI, Francia debería haber utilizado el formulario que figura en el anexo C de esta Directiva.

⁵⁰ Véase el artículo 33, apartado 1, de la Directiva relativa a la OEI.

114. Esa notificación puede dirigirse a cualquier autoridad que el Estado miembro que realice la intervención considere pertinente, ya que no puede saber cuál es la autoridad competente en un caso interno similar.

115. El artículo 31 de la Directiva relativa a la OEI tiene como objetivo proteger tanto a los usuarios de telecomunicaciones afectados como la soberanía del Estado miembro notificado.

E. Admisibilidad de las pruebas

116. Mediante su quinto bloque de cuestiones prejudiciales, el órgano jurisdiccional remitente pregunta esencialmente si, en caso de que se constate que una OEI se ha emitido incumpliendo las condiciones que impone la Directiva relativa a la OEI, han de declararse inadmisibles, en el proceso penal seguido en el Estado miembro de emisión, las pruebas recabadas. Dicho órgano jurisdiccional hace referencia a los principios de equivalencia y de efectividad. Este último se invoca en el sentido de que, si las pruebas recabadas en violación de esta Directiva se utilizaran en el Estado de emisión, se menoscabaría la efectividad de dicha Directiva.

117. La respuesta a este bloque de cuestiones puede ser concisa: el Derecho de la Unión no regula la admisibilidad de las pruebas en los procesos penales.

118. Aunque, de conformidad con el artículo 82 TFUE, apartado 2, letra a), la Unión tiene competencia para adoptar normas mínimas de armonización en materia de admisibilidad mutua de pruebas, por ahora no se han adoptado.⁵¹

119. La única mención a la valoración de las pruebas obtenidas mediante OEI figura en la segunda frase del artículo 14, apartado 7, de la Directiva relativa a la OEI, a tenor de la cual, «sin perjuicio de las normas procesales internas, los Estados miembros velarán por que, en los procesos penales en el Estado de emisión, se respeten los derechos de la defensa y la equidad del proceso al evaluar las pruebas obtenidas a través de la OEI.»⁵²

120. En la vista, a la pregunta de si esta disposición tiene alguna incidencia en las normativas de los Estados miembros sobre admisibilidad de las pruebas, la Comisión declaró que concluir tal cosa supondría ir demasiado lejos. Explicó que esta frase es un mero recordatorio de que deben respetarse los derechos protegidos en los artículos 47 y 48 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta»). Me inclino por compartir tal interpretación, que reconoce que, en la actualidad, en el proceso político de la Unión no se están realizando avances en el ámbito de la regulación de la admisibilidad de las pruebas.

⁵¹ Ligeti, K., y otros señalan que los Estados miembros se niegan dar ese paso debido a ciertas inquietudes relacionadas con la subsidiariedad y la proporcionalidad, y que ello impactaría en los sistemas de controles y equilibrios a escala nacional (Ligeti, K., Garamvölgy, B., Ondrejová, A., y von Galen, M., «Admissibility of Evidence in Criminal Proceedings in the EU», *eu crim*, vol. 3, 2020, p. 202 y nota 14).

⁵² El considerando 34 de la Directiva relativa a la OEI señala asimismo que, «además, por el mismo motivo, la valoración de si el objeto va a utilizarse como prueba y por consiguiente puede ser objeto de una OEI debe corresponder a la autoridad de emisión.»

121. Hasta donde sé, lo más cerca que el Derecho de la Unión ha estado de regular la admisibilidad de las pruebas es el artículo 37, apartado 1, del Reglamento (UE) 2017/1939,⁵³ que dispone que «no se inadmitirán las pruebas presentadas a un órgano jurisdiccional por los fiscales de la Fiscalía Europea o por el acusado por el mero hecho de que las pruebas hayan sido obtenidas en otro Estado miembro o de conformidad con el Derecho de otro Estado miembro».

122. Sin embargo, este precepto meramente indica que las pruebas no deben rechazarse *por* haberse recabado en otro Estado miembro o con arreglo al Derecho de otro Estado miembro. No impone al juez nacional mayores limitaciones en la valoración de la admisibilidad de las pruebas.

123. El mismo criterio puede encontrarse en la jurisprudencia del TEDH. Este Tribunal ha indicado con claridad que la admisibilidad de las pruebas es una cuestión de Derecho nacional,⁵⁴ mientras que, al examinar la posible violación del artículo 6 del CEDH, «el Tribunal [...] tomará en consideración el procedimiento en su conjunto, teniendo en cuenta el derecho de defensa, aunque también los intereses del público y de las víctimas en que el delito sea debidamente perseguido, así como, de ser necesario, los derechos de los testigos».⁵⁵

124. Aunque la doctrina critica la insuficiencia de tal regla, en particular considerando las diferencias entre las legislaciones procesales de los Estados miembros,⁵⁶ ello no altera el hecho de que, actualmente, la admisibilidad de las pruebas no está regulada a escala de la Unión.

125. En resumen, en el estado actual de desarrollo del Derecho de la Unión, la admisibilidad de las pruebas obtenidas en violación del Derecho nacional o de la Unión se rige por el Derecho de los Estados miembros.

126. Las consecuencias del posible incumplimiento de las condiciones de emisión de una OEI establecidas en la Directiva relativa a la OEI son muy escasas; el artículo 6, apartado 3, de esta Directiva dispone que la autoridad de ejecución, en caso de que considere que no se ha cumplido lo dispuesto en el apartado 1 de ese artículo, puede consultar a la autoridad de emisión sobre la importancia de la ejecución de una OEI y, tras esa consulta, esta última puede decidir retirarla.

127. En conclusión, por el momento, la admisibilidad de las pruebas se rige por el Derecho nacional. No obstante, en las materias en que resulta aplicable el Derecho de la Unión, las disposiciones nacionales pertinentes no deben violar los artículos 47 y 48 de la Carta.⁵⁷

⁵³ Reglamento del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea (DO 2017, L 283, p. 1).

⁵⁴ TEDH, sentencias de 12 de julio de 1988, Schenk c. Suiza, CE:ECHR:1988:0712JUD001086284, §§ 45 y 46; de 11 de julio de 2017, Moreira Ferreira c. Portugal (n.º 2), CE:ECHR:2017:0711JUD001986712, § 83, y de 1 de marzo de 2007, Heglas c. República Checa, CE:ECHR:2007:0301JUD000593502, § 84.

⁵⁵ TEDH, sentencia de 17 de enero de 2017, Habran y Dalem c. Bélgica, CE:ECHR:2017:0117JUD004300011, § 96.

⁵⁶ Hecker, B., «Mutual Recognition and Transfer of Evidence. The European Evidence Warrant» en Ruggeri, S. (ed.), *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings: A Study in Memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina*, Springer, Berlín, 2013, p. 277; Armada, I., nota 19, p. 30.

⁵⁷ Sentencia de 7 de septiembre de 2023, Rayonna prokuratura (Registro corporal) (C-209/22, EU:C:2023:634), apartados 58 y 61.

128. Los principios procesales de equivalencia y de efectividad se aplican cuando el Derecho de la Unión confiere a los particulares derechos sin prever vías de recurso. Los Estados miembros deben velar por que un derecho conferido por el Derecho de la Unión se tutele en las mismas condiciones que un derecho nacional comparable y por que las normas procesales aplicables no hagan prácticamente imposible el ejercicio de tales derechos.⁵⁸

129. Sin embargo, no existe ningún derecho en relación con la admisibilidad (o inadmisibilidad) de las pruebas conferido a los particulares sobre la base del Derecho de la Unión. Los principios de equivalencia y de efectividad no resultan aplicables.

130. Por último, aun si cupiera afirmar que la inadmisibilidad de las pruebas de resultados de la violación de la Directiva relativa a la OEI puede aumentar el efecto útil de esta, ello no facultaría al Tribunal de Justicia para crear tal regla.

Conclusión intermedia

131. En esta fase de su desarrollo, el Derecho de la Unión no regula la admisibilidad de las pruebas recabadas mediante una OEI que se haya emitido incumplándose las condiciones que impone la Directiva relativa a la OEI. La admisibilidad de las pruebas se rige por el Derecho nacional, que, no obstante, debe respetar las exigencias de los derechos de defensa que se consagran en los artículos 47 y 48 de la Carta.

IV. Conclusión

132. En vista de las anteriores consideraciones, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Landgericht Berlin (Tribunal Regional de lo Civil y Penal de Berlín, Alemania):

«1) En respuesta al primer bloque de cuestiones prejudiciales:

En caso de que una medida subyacente en el Estado de ejecución fuera autorizada por un juez, no se requiere que una orden europea de investigación (OEI) para el traslado de pruebas sea emitida también por un juez, aun cuando, con arreglo al Derecho del Estado de emisión, la obtención de pruebas subyacente tendría que ser ordenada por un juez.

El hecho de que la intervención se ejecutara en el territorio de otro Estado miembro no tiene relevancia alguna en la determinación de la autoridad de emisión.

El Derecho de la Unión no exige que la OEI para el traslado de pruebas existentes que se hayan obtenido mediante intervención de telecomunicaciones sea emitida por un tribunal cuando el Derecho nacional determina que un fiscal puede ordenar tal traslado en un caso interno similar.

2) En respuesta al segundo bloque de cuestiones prejudiciales:

⁵⁸ Establecidos en las sentencias de 16 de diciembre de 1976, Rewe-Zentralfinanz y Rewe-Zentral (33/76, EU:C:1976:188), apartado 5, y de 16 de diciembre de 1976, Comet (45/76, EU:C:1976:191), apartado 13. Véase un caso más reciente, por ejemplo, en la sentencia de 13 de julio de 2023, Cajasur Banco (C-35/22, EU:C:2023:569), apartado 23.

La evaluación de la necesidad y proporcionalidad de una OEI mediante la que se solicita el traslado de pruebas existentes corresponde a la autoridad de emisión, con la posibilidad de que el tribunal competente controle tal evaluación. En la referida evaluación debe tomarse en consideración que el acceso de la autoridad nacional a los datos de comunicación intervenidos constituye una injerencia grave en la vida privada de las personas afectadas. Esa injerencia solo puede justificarse por un interés público importante en la investigación y persecución de los delitos.

3) En respuesta al tercer bloque de cuestiones prejudiciales:

Cuando se emite una OEI para el traslado de pruebas que ya obran en poder de otro Estado, la referencia a un caso interno similar que figura en el artículo 6, apartado 1, letra b), de la Directiva 2014/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal, requiere que la autoridad de emisión determine si la legislación nacional pertinente permite el traslado de pruebas obtenidas mediante intervención de comunicaciones entre procesos penales internos y en qué condiciones lo permite.

Al decidir si puede emitir una OEI para el traslado de pruebas existentes, la autoridad de emisión no puede examinar la legalidad de la obtención de pruebas subyacente en el Estado de ejecución cuyo traslado solicita mediante OEI.

Es irrelevante para la anterior respuesta que las medidas subyacentes se ejecutaran en el territorio del Estado de emisión o en interés de dicho Estado.

4) En respuesta al cuarto bloque de cuestiones prejudiciales:

Un Estado miembro que, durante una investigación penal o procedimiento penal que realice unilateralmente, interviene telecomunicaciones en el territorio de otro Estado miembro debe notificar a este la intervención.

Esa notificación puede dirigirse a cualquier autoridad que el Estado miembro que realice la intervención considere pertinente, ya que no puede saber cuál es la autoridad competente en un caso interno similar.

El artículo 31 de la Directiva 2014/41 tiene como objetivo proteger tanto a los usuarios de telecomunicaciones afectados como la soberanía del Estado miembro notificado.

5) En respuesta al quinto bloque de cuestiones prejudiciales:

En esta fase de su desarrollo, el Derecho de la Unión no regula la admisibilidad de las pruebas recabadas mediante una OEI que se haya emitido incumpléndose las condiciones que impone la Directiva 2014/41. La admisibilidad de las pruebas se rige por el Derecho nacional, que, no obstante, debe respetar las exigencias de los derechos de defensa que se consagran en los artículos 47 y 48 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.»