



# Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL  
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA  
presentadas el 16 de julio de 2020<sup>1</sup>

**Asunto C-584/19**

**Staatsanwaltschaft Wien  
contra  
A y otros,  
con intervención de:  
Staatsanwaltschaft Hamburg**

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Landesgericht für Strafsachen Wien (Tribunal regional de lo penal de Viena, Austria)]

«Procedimiento prejudicial — Cooperación judicial en materia penal — Orden europea de investigación — Fiscal que ejerce las funciones de autoridad de emisión — Independencia de la Fiscalía respecto del poder ejecutivo — Directiva 2014/41/UE — Autoridad judicial habilitada para la emisión — Concepto autónomo — Diferencias entre la regulación de la Directiva 2014/41 y de la Decisión marco 2002/584/JAI — Tutela de los derechos fundamentales — Necesidad de intervención judicial»

1. Los Ministerios Fiscales de Alemania y de Austria son, respectivamente, autoridades de emisión y de ejecución de las órdenes europeas de investigación (en lo sucesivo, «OEI») tramitadas de acuerdo con la Directiva 2014/41/UE.<sup>2</sup>
2. En este asunto, la Staatsanwaltschaft Hamburg (Fiscalía de Hamburgo, Alemania) expidió una OEI para que la Staatsanwaltschaft Wien (Fiscalía de Viena, Austria) le facilitase ciertos datos de una cuenta bancaria domiciliada en Austria. Como el derecho de este último país requiere, para proporcionar esa información, la previa autorización de un juez, la Fiscalía de Viena la solicitó al Landesgericht für Strafsachen Wien (Tribunal regional de lo penal de Viena, Austria).
3. Ese órgano judicial pregunta al Tribunal de Justicia, en síntesis, si es trasladable a las OEI la jurisprudencia recaída sobre la independencia del Ministerio Fiscal en el contexto de las órdenes de detención europeas (en lo sucesivo, «ODE») amparadas en la Decisión marco 2002/584/JAI.<sup>3</sup>

1 Lengua original: español.

2 Directiva 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).

3 Decisión marco 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).

## I. Marco normativo

### A. Derecho de la Unión. Directiva 2014/41

4. El artículo 1 («La orden europea de investigación y la obligación de ejecutarla») reza:

«1. La orden europea de investigación (OEI) será una resolución judicial emitida o validada por una autoridad judicial de un Estado miembro (“el Estado de emisión”) para llevar a cabo una o varias medidas de investigación en otro Estado miembro (“el Estado de ejecución”) con vistas a obtener pruebas con arreglo a la presente Directiva.

También se podrá emitir una OEI para obtener pruebas que ya obren en poder de las autoridades competentes del Estado de ejecución.

2. Los Estados miembros ejecutarán una OEI sobre la base del principio de reconocimiento mutuo y de conformidad con la presente Directiva.

3. La emisión de una OEI puede ser solicitada por una persona sospechosa o acusada (o por un abogado en su nombre), en el marco de los derechos de la defensa aplicables de conformidad con el procedimiento penal nacional.

4. La presente Directiva no podrá tener por efecto modificar la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos enunciados en el artículo 6 del TUE, incluido el derecho de defensa de las personas imputadas en un proceso penal, y cualesquiera obligaciones que correspondan a las autoridades judiciales a este respecto permanecerán incólumes».

5. A tenor del artículo 2 («Definiciones»):

«A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

- a) “Estado de emisión”: el Estado miembro en el que se emite la OEI;
- b) “Estado de ejecución”: el Estado miembro de ejecución de la OEI, en el que la medida de investigación se llevará a cabo;
- c) “autoridad de emisión”:
  - i) un juez, órgano jurisdiccional, juez de instrucción o fiscal competente en el asunto de que se trate, o
  - ii) cualquier otra autoridad competente según la defina el Estado de emisión que, en el asunto específico de que se trate, actúe en calidad de autoridad de investigación en procesos penales y tenga competencia para ordenar la obtención de pruebas con arreglo al derecho nacional. Además, antes de su transmisión a la autoridad de ejecución, la OEI deberá ser validada, previo control de su conformidad con los requisitos para la emisión de una OEI en virtud de la presente Directiva, en particular las condiciones establecidas en el artículo 6, apartado 1, por un juez, un órgano jurisdiccional, un fiscal o un magistrado instructor del Estado de emisión. Cuando la OEI haya sido validada por una autoridad judicial, dicha autoridad también podrá considerarse autoridad de emisión a efectos de la transmisión de la OEI;

d) “autoridad de ejecución”: una autoridad que tenga competencia para reconocer una OEI y asegurar su ejecución de conformidad con la presente Directiva y los procedimientos aplicables en un caso interno similar. Dichos procedimientos pueden requerir una autorización judicial del Estado de ejecución cuando así se disponga en su legislación interna».

6. El artículo 6 («Condiciones para la emisión y transmisión de una OEI») enuncia:

«1. 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.

2. Las condiciones a que se refiere el apartado 1 serán evaluadas por la autoridad de emisión en cada caso.

3. Cuando la autoridad de ejecución tuviera razones para creer que no se han cumplido las condiciones a que se refiere el apartado 1, podrá consultar a la autoridad de emisión sobre la importancia de la ejecución de la OEI. Tras esta consulta, la autoridad de emisión podrá decidir la retirada de la OEI».

## ***B. Derecho nacional***

### *1. Derecho alemán. Gerichtsverfassungsgesetz<sup>4</sup>*

7. El artículo 146 indica:

«Los funcionarios de la Fiscalía deberán cumplir las instrucciones oficiales dictadas por sus superiores».

8. El artículo 147 estipula:

«El derecho de supervisión y dirección corresponderá:

1 al Ministro Federal de Justicia y para la protección del consumidor con respecto al Fiscal Federal General y los fiscales federales;

2 a la Administración de justicia del Land con respecto a todos los funcionarios de la fiscalía del Land en cuestión;

3. al funcionario de mayor rango de la fiscalía ante los Tribunales Superiores regionales de lo civil y penal y ante los Tribunales regionales de lo civil y penal con respecto a todos los funcionarios de la fiscalía ante el tribunal de distrito correspondiente».

<sup>4</sup> Ley sobre la organización judicial.

## 2. Derecho austriaco

### a) *Strafprozessordnung*<sup>5</sup>

9. El artículo 4, apartado 1, atribuye al Ministerio Fiscal la instrucción penal.

10. En el desarrollo de esta función, el Ministerio Fiscal ha de contar con autorización judicial previa para llevar a cabo ciertas medidas de investigación particularmente invasivas (artículos 101 y 105).

11. Entre esas medidas se encuentra la obtención de información sobre cuentas y operaciones bancarias (artículo 109, apartado 4, en relación con el artículo 116, apartado 4).

### b) *Bundesgesetz über die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen mit den Mitgliedstaaten der Europäischen Union*<sup>6</sup>

12. El artículo 55c declara competente para la ejecución de una OEI a la Fiscalía en cuya circunscripción haya de realizarse la medida solicitada.

13. El artículo 55e prevé que la decisión de la Fiscalía por la que se ejecuta una OEI debe contener: i) las informaciones relativas a la designación del fiscal, la identificación del investigado, si fuera posible, la descripción de los hechos y su calificación, así como la información de los derechos de la persona afectada por la medida; ii) una descripción de la medida objeto de ejecución; iii) la motivación que justifique su licitud; y iv) una copia de la OEI.

## II. Hechos y cuestión prejudicial

14. La Fiscalía de Hamburgo instruye un procedimiento penal contra A y otras personas no identificadas,<sup>7</sup> en el que, para esclarecer los hechos y, en particular, para identificar a sus autores, transmitió una OEI a la Fiscalía de Viena. Solicitaba que se le proporcionasen copias de ciertos documentos relativos a una cuenta bancaria austriaca, correspondientes al período entre el 1 de junio y el 30 de septiembre de 2018.

15. La Fiscalía de Viena pidió al Landesgericht für Strafsachen Wien (Tribunal regional de lo penal de Viena), con arreglo a los artículos 109, apartado 4, y 116 de la StPO, la autorización para acceder a la información de las cuentas y las operaciones bancarias, de modo que se obligase a la entidad bancaria a entregar los documentos mencionados en la OEI.

16. Ese tribunal, antes de conceder la autorización, señala que el Ministerio Fiscal alemán, por estar expuesto al riesgo de recibir, directa o indirectamente, órdenes o instrucciones individuales del poder ejecutivo, no puede ser considerado autoridad judicial emisora de una ODE, según el Tribunal de Justicia.<sup>8</sup> Añade que esa misma conclusión podría extrapolarse para denegar la OEI emitida por la Fiscalía de Hamburgo.

<sup>5</sup> Ley de enjuiciamiento criminal (en lo sucesivo, «StPO»).

<sup>6</sup> Ley federal sobre cooperación judicial en materia penal con los Estados miembros de la Unión Europea.

<sup>7</sup> La investigación se basa en que, en julio de 2018, utilizando datos obtenidos de forma ilícita, los sospechosos falsificaron trece órdenes de transferencia, con las que remitieron a una cuenta bancaria (abierta a nombre de A en un banco austriaco) un importe de 9 775,04 euros.

<sup>8</sup> Sentencia de 27 de mayo de 2019, OG y PI (Fiscalías de Lübeck y Zwickau) [C-508/18 y C-82/19 PPU, EU:C:2019:456; en lo sucesivo, «sentencia OG y PI (Fiscalías de Lübeck y de Zwickau)»].

17. A pesar de que la Directiva 2014/41 menciona al fiscal como autoridad de emisión, no todas las Fiscalías de los Estados miembros cumplirían el requisito de independencia que se demanda a los órganos jurisdiccionales. Si la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de ODE fuese aplicable a las OEI, el concepto de «fiscal» al que se refiere el artículo 2, letra c), inciso i), de la Directiva 2014/41 debería interpretarse en el sentido de que no incluye a los Ministerios Fiscales expuestos al riesgo de recibir instrucciones individuales del poder ejecutivo, como el de Hamburgo.<sup>9</sup>

18. En esa tesitura, el órgano judicial de remisión eleva al Tribunal de Justicia esta cuestión prejudicial:

«¿Deben interpretarse los conceptos de “autoridad judicial” que figura en el artículo 1, apartado 1, 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, y de “fiscal” que aparece en el artículo 2, letra c), inciso i), de esa misma Directiva en el sentido de que comprenden también a las fiscalías de un Estado miembro expuestas al riesgo de estar sujetas, directa o indirectamente, a órdenes o instrucciones individuales del poder ejecutivo, como el Consejero de Justicia del Land de Hamburgo, en el marco de la adopción de una decisión relativa a la emisión de una orden europea de investigación?»

### III. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

19. El reenvío prejudicial tuvo entrada en el Tribunal de Justicia el 2 de agosto de 2019, acompañado de la petición de que se tramitara por el procedimiento acelerado, como así se acordó.

20. Han depositado observaciones escritas los Gobiernos alemán, austriaco, español, neerlandés y polaco, así como la Comisión Europea.

### IV. Apreciación

#### A. *Observación preliminar*

21. El tribunal de reenvío ha de resolver si autoriza la práctica de una medida de investigación que le solicita la Fiscalía de Viena. Si en la génesis de esa solicitud no hubiera intervenido el Ministerio Fiscal alemán, no parece que hubiera dificultades de derecho nacional para admitirla y, en su caso, para satisfacerla.

22. A reserva de lo que el propio tribunal remitente entienda, he de suponer que, si esa misma petición de la Fiscalía de Viena se hubiera hecho a instancias de la policía austriaca (esto es, de una autoridad dependiente del poder ejecutivo), ese factor, por sí solo, no obstaría a que aquel tribunal tramitase la solicitud.

23. Si esto es así, no se comprende qué problema habría, aun cuando el Ministerio Fiscal alemán no pudiera calificarse (por su falta de independencia del poder ejecutivo) de «autoridad judicial», para que el tribunal de reenvío decidiera sobre la solicitud que, con origen en la Fiscalía de Hamburgo y procedencia inmediata de la Fiscalía de Viena (que actúa en su cualidad de «autoridad de ejecución», según el derecho nacional), tiene ante sí.

<sup>9</sup> La Fiscalía de Hamburgo está orgánicamente sometida al Justizsenator (Consejero de Justicia) de Hamburgo, que se integra en el poder ejecutivo y puede dirigirle instrucciones en casos particulares.

24. Es más, el Ministerio Fiscal austriaco tampoco goza de independencia del poder ejecutivo, como ya tuvo ocasión de declarar el Tribunal de Justicia.<sup>10</sup> Eso no le impide, me parece, dirigir al órgano de reenvío las peticiones de medidas de investigación que crea oportunas, cuando se dan las circunstancias de los artículos 109, punto 4, y 116 de la StPO.

25. Lo mismo sucede con la policía o con otras autoridades administrativas.<sup>11</sup> La pregunta es, entonces, si la falta de independencia del Ministerio Fiscal austriaco llevaría al juez a denegar una solicitud del acceso a los documentos de una cuenta bancaria que, a iniciativa de la policía o de aquellas otras autoridades administrativas, le dirija la Fiscalía de Viena.

26. En realidad, lo fundamental para que el juez de reenvío adopte su decisión (autorizar o no la medida de investigación) no es tanto el origen de la petición, cuanto su propia función jurisdiccional. Si incluso una ODE emitida por un fiscal austriaco (no independiente del poder ejecutivo) puede ser eficaz, una vez *homologada* por el tribunal nacional competente,<sup>12</sup> que controla su proporcionalidad, ese mismo principio puede, *a fortiori*, aplicarse a medidas de investigación cuya incidencia en la vida de la persona afectada es muy inferior a la que resulta de las ODE.

27. Añadiré, en fin, que el derecho de la Unión contiene normas que imponen a las autoridades administrativas de los Estados miembros el deber de cooperar entre sí para recabar de las entidades financieras ciertos datos de las cuentas bancarias abiertas en ellas.<sup>13</sup> Ese deber de cooperación no precisa que la autoridad requirente sea independiente del poder ejecutivo.

28. El derecho de la Unión admite, pues, que autoridades administrativas de un Estado miembro (por definición, no independientes) soliciten a sus homólogos en otro Estado miembro informaciones concretas sobre cuentas bancarias, que estos últimos tienen, en principio, el deber de entregarles. No habría inconveniente de principio, desde esta perspectiva, para que el mismo criterio se aplicase a las relaciones de los Ministerios Fiscales en esta materia, cuando actúan como autoridades de emisión o de ejecución de una OEI.

## **B. Autoridades de emisión de las OEI**

29. La Directiva 2014/41 ha sido adoptada al abrigo del artículo 82 TFUE, apartado 1, a cuyo tenor la cooperación judicial en materia penal se basará en el principio de reconocimiento mutuo.

10 Sentencia de 9 de octubre de 2019, NJ (Fiscalía de Viena) (C-489/19 PPU, EU:C:2019:849), apartado 40: «[...] en lo que respecta a las fiscalías austriacas, del artículo 2, apartado 1, de la Ley del Ministerio Fiscal se desprende que tales órganos están directamente subordinados a las fiscalías superiores y sometidos a las instrucciones de estas y que, a su vez, estas últimas se encuentran subordinadas al Ministro Federal de Justicia. Pues bien, como la independencia requerida exige que existan normas estatutarias y organizativas adecuadas para garantizar que la autoridad judicial emisora no se vea expuesta, en el contexto de la adopción de una orden de detención europea, a riesgo alguno de recibir instrucciones individuales del poder ejecutivo, *no cabe considerar que las fiscalías austriacas cumplan esta exigencia* [véase por analogía la sentencia de 27 de mayo de 2019, OG y PI (Fiscalías de Lübeck y de Zwickau), C-508/18 y C-82/19 PPU, EU:C:2019:456, apartados 74 y 84]». Sin cursiva en el original.

11 Excluidas expresamente por el Tribunal de Justicia del elenco de autoridades que participan en la administración de la justicia penal [apartado 50 de la sentencia OG y PI (Fiscalías de Lübeck y de Zwickau)].

12 Sentencia de 9 de octubre de 2019, NJ (Fiscalía de Viena) (C-489/19 PPU, EU:C:2019:849), parte dispositiva: «[...] aunque las fiscalías de un Estado miembro se hallen expuestas al riesgo de estar sujetas, directa o indirectamente, a órdenes o instrucciones individuales del poder ejecutivo, [...] las órdenes de detención europeas que esas fiscalías emitan están comprendidas en dicho concepto, en la medida en que tales órdenes de detención [...] deben necesariamente ser homologadas por un tribunal que [...] controla de manera independiente y con objetividad el cumplimiento de los requisitos de emisión de dichas órdenes de detención y la proporcionalidad de las mismas, adoptando así una resolución autónoma que da su forma definitiva a tales órdenes».

13 Artículo 8, apartado 3 *bis*, de la Directiva 2011/16/UE del Consejo, de 15 de febrero de 2011, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad y por la que se deroga la Directiva 77/799/CEE (DO 2011, L 64, p. 1), en su versión modificada por la Directiva 2014/107/UE del Consejo, de 9 de diciembre de 2014 (DO 2014, L 359, p. 1). Véase la sentencia de 14 de abril de 2016, Sparkasse Allgäu (C-522/14, EU:C:2016:253).

30. La OEI se define como una resolución judicial emitida o validada por una autoridad judicial de un Estado miembro («el Estado de emisión») para llevar a cabo una o varias medidas de investigación en otro Estado miembro («el Estado de ejecución»), con vistas a obtener pruebas.<sup>14</sup>

31. La Directiva 2014/41, que sustituye a diversos instrumentos convencionales de asistencia judicial,<sup>15</sup> aspira a convertirse en el único instrumento normativo para la práctica de diligencias de investigación y obtención de pruebas en el espacio europeo. Su objetivo es facilitar y agilizar la obtención y la transmisión de elementos de prueba en el marco de la Unión, así como mejorar la eficacia en los procedimientos de investigación.

32. La particularidad más relevante de las OEI, en lo que importa para este reenvío prejudicial, es que la Directiva 2014/41 acoge dos categorías de «autoridades de emisión»:

- Las autoridades *judiciales*,<sup>16</sup> que solo pueden ser «un juez, órgano jurisdiccional, juez de instrucción o fiscal competente en el asunto de que se trate» [artículo 2, letra c), inciso i)], todos en un plano de igualdad.
- Las autoridades *no judiciales*, pero sí competentes para investigar en los procesos penales y ordenar la obtención de pruebas con arreglo al derecho nacional [artículo 2, letra c), inciso ii)].<sup>17</sup> Las OEI emitidas por cualquiera de ellas habrán de ser validadas por alguna autoridad *judicial*.<sup>18</sup>

33. El artículo 2, letra c), inciso i), de la Directiva 2014/41 designa, específicamente, entre las autoridades (*judiciales*) de emisión de OEI al fiscal. Hasta ahora ninguna duda había de que esa inequívoca mención permitía a los fiscales competentes (conforme a su legislación nacional) librar directamente esas órdenes.

34. Las dudas del tribunal remitente surgen, como he expuesto, a raíz de la sentencia OG y PI (Fiscalías de Lübeck y de Zwickau) en cuanto a la noción de «autoridad judicial» en el ámbito de la Decisión marco 2002/584. Como en aquella sentencia se dijo que la Fiscalía alemana no reunía las notas de independencia imprescindibles para la emisión de una ODE, el tribunal *a quo* se pregunta si tampoco las reuniría para expedir una OEI, pues no gozaría de la cualidad de autoridad judicial<sup>19</sup> independiente.

14 Las OEI pueden abarcar casi la totalidad de los medios de prueba: basta que la medida solicitada exista en el ordenamiento jurídico del Estado de ejecución (artículo 10 de la Directiva 2014/41).

15 Artículo 34 de la Directiva 2014/41. En comparación con esos instrumentos anteriores, el principio de reconocimiento mutuo se flexibiliza, aceptándose ahora unos ciertos límites.

16 Los calificativos «judiciales» y «no judiciales» no aparecen, como tales, en el catálogo de definiciones del artículo 2 de la Directiva 2014/41. Los empleo por razones de simplificación, pues, en el fondo, responden a la naturaleza de las instituciones comprendidas en una y otra categoría.

17 El Secretariado de la Red Judicial Europea elaboró una lista de autoridades competentes, actualizada a 30 de septiembre de 2019, que muestra la diversidad de criterios seguidos en 24 Estados miembros. La mayoría (16) no prevén la participación de autoridades de emisión no judiciales, cuya intervención precisa validación. Los Estados que sí que la contemplan incluyen en esa categoría autoridades administrativas competentes en asuntos tributarios, aduaneros y administrativos, en general ([https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/EJN\\_RegistryDoc/EN/3115/0/0](https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/EJN_RegistryDoc/EN/3115/0/0)).

18 En Alemania, pueden emitir OEI las autoridades administrativas facultadas para la persecución de infracciones administrativas, correspondiendo su validación a la Fiscalía de su circunscripción. Sin embargo, en cuanto a las autoridades tributarias, los Finanzamts consideran que, en virtud del artículo 399, apartado 1, del Código fiscal alemán, ejercen las funciones del Ministerio Fiscal en los procesos penales por infracciones tributarias, por lo que se les debe reconocer la cualidad de autoridades de emisión de una OEI a título del artículo 2, letra c), inciso i), de la Directiva 2014/41. Sobre los problemas que suscita esta cuestión versa el reenvío prejudicial C-66/20, Finanzamt für Steuerstrafsachen und Steuerfahndung Münster.

19 A las dificultades para determinar los contornos de la «autoridad judicial» se añade que la versión alemana de la Directiva 2014/41 emplea, en el artículo 1, apartado 1, la expresión *gerichtliche Entscheidung*, lo que parecería evocar la actuación de un tribunal (*Gericht*). La Comisión (apartado 28 de sus observaciones) y el Gobierno alemán (apartado 42 de las suyas) propugnan, por eso, el uso de los vocablos *justizielle Entscheidung*.

35. Aceptar esa tesis implicaría que, en Alemania, los fiscales no podrían calificarse de autoridad de emisión, en el sentido del artículo 2, letra c), inciso i), de la Directiva 2014/41, y que las OEI por ellos expedidas precisarían de validación. En otras palabras, supondría encajarlos en el inciso ii). Como consecuencia accesorio, y en contra del tenor de ese mismo inciso ii), tampoco podrían actuar como autoridad validadora de las OEI dictadas por otras autoridades (administrativas).

36. En los puntos siguientes defenderé que el sintagma «autoridad judicial» no necesariamente ha de interpretarse de la misma manera en cualquiera de los instrumentos de cooperación judicial en materia penal.

37. Estimo que no hay ninguna exigencia, derivada del derecho primario de la Unión, de que esa interpretación sea unitaria. Podría pensarse que una definición única de aquella noción, válida para todos los ámbitos de la cooperación judicial penal, simplificaría las dificultades de interpretación. Creo, sin embargo, que ocurriría lo contrario: ceder a esa *tentación* hermenéutica provocaría más problemas de los que aparentemente resuelve.

38. El legislador de la Unión disfruta de libertad para incluir en aquella noción —siempre que respete su contenido esencial, esto es, que no la extienda a entidades ajenas a la administración de la justicia— unas u otras de las instituciones que participan en esta última. Todo dependerá del contexto normativo en el que se inserta cada modalidad de cooperación judicial.

### ***C. La sentencia OG y PI (Fiscalías de Lübeck y de Zwickau)***

39. En esa sentencia, el Tribunal de Justicia delimitó el concepto de «autoridad judicial» solo en relación con la Decisión marco 2002/584, a cuyo efecto:

- Señaló que aquella noción tiene naturaleza autónoma y debe ser entendida de manera uniforme en toda la Unión, a la luz del tenor de la norma interpretada, el contexto en el que se inscribe y el objetivo que persigue.<sup>20</sup>
- Se refirió expresamente a «los términos “autoridad judicial”, que figuran en esta disposición [la Decisión marco]». <sup>21</sup>
- Aludió al «concepto de “autoridad judicial”, en el sentido del artículo 6, apartado 1, de la Decisión marco 2002/584». <sup>22</sup>
- Analizó el «contexto en el que se inscribe [el citado artículo 6, apartado 1]». <sup>23</sup>
- Atendió al objetivo de la Decisión marco. <sup>24</sup>

40. En mis conclusiones en ese mismo asunto ya indiqué que «las modalidades de [la] participación del Ministerio Fiscal en la administración de la justicia son variadas, y conviene no extrapolar mecánica o automáticamente soluciones pensadas para unos ámbitos a otros de naturaleza dispar». <sup>25</sup>

20 Sentencia OG y PI (Fiscalías de Lübeck y de Zwickau), apartado 49.

21 *Ibidem*, apartado 50.

22 *Ibidem*, apartado 51.

23 *Ibidem*, apartado 52.

24 *Ibidem*, apartados 49 y 56.

25 Conclusiones de los asuntos OG y PI (Fiscalías de Lübeck y de Zwickau), (EU:C:2019:337), puntos 37 a 40.

41. Citaba, precisamente, el ejemplo del artículo 2 de la Directiva 2014/41, que incluía al fiscal entre las autoridades habilitadas para emitir una OEI. Recordaba, además, las conclusiones del asunto *Özçelik* para subrayar que «no cabe parificar, sin más, la actuación del Ministerio Fiscal en un ámbito (el que atañe a la libertad, afectada por la detención de las personas) y en otro (la obtención de las pruebas) [...] Su admisión como autoridad judicial en la Directiva 2014/41/UE, para las órdenes de investigación, no prejuzga necesariamente que haya de extenderse también a la Decisión marco, para las ODE».<sup>26</sup>

42. La sentencia OG y PI (Fiscalías de Lübeck y de Zwickau) confirma que el Ministerio Fiscal alemán es una «autoridad judicial».<sup>27</sup> Los motivos para no reconocerle la función de autoridad de emisión de la ODE atañen a su falta de independencia, ante la posible recepción de órdenes del poder ejecutivo en asuntos singulares. Pero, en el fondo, se basan en que el ámbito *natural* de las ODE corresponde a una grave inmisión del poder público en la vida de una persona: la privación de libertad (ya sea provisional o por sentencia firme) protegida por el artículo 6 de la Carta, que ha de reservarse, de una forma o de otra, a *jueces independientes* en sentido estricto.<sup>28</sup>

43. Pues bien, aceptando esa premisa (que comparto y que ya propuse en mis conclusiones de aquel asunto), he de insistir en que la fórmula adoptada en el contexto del artículo 6, apartado 1, de la Decisión marco 2002/584 no tiene por qué aplicarse, automáticamente, a la Directiva 2014/41.

44. Es más, una lectura combinada del artículo 1, apartado 1, y del artículo 2, letra c), de la Directiva 2014/41, teniendo en cuenta el resto de los elementos que permiten comprender mejor su contenido, aboga por reconocer al Ministerio Fiscal (a cualquier fiscalía de un Estado miembro) su carácter de «autoridad judicial», en cuanto «órgano que participa en la administración de la justicia penal».

45. Intentaré exponer a continuación algunas de las razones por las que el régimen jurídico de las OEI no puede equipararse al de las ODE.

#### **D. Comparación de la Decisión marco 2002/584 con la Directiva 2014/41**

46. Las diferencias entre el régimen jurídico de las ODE y el de las OEI son numerosas, como corresponde a su dispar naturaleza y a su heterogénea funcionalidad en el ámbito de la cooperación judicial penal. Me limitaré, sin embargo, a destacar las relativas a las autoridades competentes para emitir y ejecutar unas y otras.

<sup>26</sup> Conclusiones del asunto *Özçelik* (C-453/16 PPU, EU:C:2016:783), punto 51. En concreto, la consideración de autoridad judicial del Ministerio Fiscal en el contexto de la ODE se ceñía al artículo 8, apartado 1, de la Decisión marco 2002/584, en tanto que autoridad facultada para dictar la «resolución judicial» prevista en su letra c) (orden de detención nacional), que precede a la emisión de una ODE. También en las conclusiones del asunto OG y PI (Fiscalías de Lübeck y de Zwickau) puse de relieve cómo en otros ámbitos de la cooperación penal el Ministerio Fiscal se reputa «autoridad judicial» (punto 38).

<sup>27</sup> Sentencia OG y PI (Fiscalías de Lübeck y de Zwickau), apartados 50 a 63: «los términos “autoridad judicial”, que figuran en [el artículo 6, apartado 1, de la Decisión marco 2002/584], no se limitan a designar a los jueces o tribunales de un Estado miembro, sino que deben entenderse en el sentido de que designan, más ampliamente, a las autoridades que participan en la administración de la justicia penal en ese Estado miembro» (apartado 50). En las circunstancias que examinaba, declaró que las «fiscalías [alemanas] participan en la administración de la justicia penal» (apartado 63), de lo que infería que son autoridad judicial.

<sup>28</sup> Sentencia de 9 de octubre de 2019, NJ (Fiscalía de Viena) (C-489/19 PPU, EU:C:2019:849), apartado 35: «[...] como la emisión de una orden de detención europea puede lesionar el derecho a la libertad de la persona de que se trate, consagrado en el artículo 6 de la Carta, la protección mencionada exige que al menos en uno de los dos niveles de la misma se adopte una resolución conforme con las exigencias inherentes a una tutela judicial efectiva».

### 1. La designación de las autoridades de emisión

47. El artículo 6, apartado 1, de la Decisión marco 2002/584 se refiere, para las ODE, solo a la «autoridad judicial del Estado miembro de emisión». En cambio, el tratamiento que la Directiva 2014/41 da a la autoridad de emisión de la OEI es muy distinto, pues contiene un catálogo de autoridades *judiciales* (en el sentido antes explicado) habilitadas para expedir las OEI, entre las que se halla, *nominativamente*, el fiscal.<sup>29</sup>

48. Si, en el procedimiento de elaboración de la Decisión marco 2002/584 la inclusión o la exclusión del Ministerio Fiscal quedó sin resolver,<sup>30</sup> en el año 2014 la decisión explícita (y afirmativa) del legislador de la Unión de admitirlo como autoridad de emisión de las OEI no puede considerarse casual o inadvertida.

49. Esa decisión fue intencionada y con ella se pretendía englobar de manera inequívoca, para que no hubiera dudas, a todas las autoridades judiciales (de modo singular, al fiscal) que, en el panorama procesal de los Estados miembros, protagonizan, dirigen o intervienen destacadamente en la instrucción penal.

50. El Memorando explicativo de la iniciativa del Reino de Bélgica, la República de Bulgaria, la República de Estonia, el Reino de España, la República de Austria, la República de Eslovenia y el Reino de Suecia para la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la Orden Europea de Investigación en materia penal<sup>31</sup> destaca entre sus objetivos específicos el de preservar las particularidades de los sistemas nacionales y de su cultura jurídica.

51. Ese Memorando subrayaba que el sector de la recogida de pruebas se encuentra entre los que ofrecen mayores discordancias entre los sistemas nacionales, que muchas veces tienen su raíz tanto en su cultura jurídica como en la historia de los Estados miembros. Es esencial, concluía, mejorar la cooperación en este campo, sin afectar a los aspectos fundamentales ni a las divergencias entre los sistemas nacionales.

52. No es coincidencia, por eso, que el artículo 2, letra c), inciso i), de la Directiva 2014/41 utilice la frase «competente en el asunto de que se trate», tras enumerar las autoridades judiciales de emisión de las OEI. Tampoco lo es que los sucesivos preceptos de esa Directiva reiteren la fórmula «con arreglo al derecho nacional», u otras similares, para referirse a ciertos extremos de organización y de procedimiento.

53. Con esas fórmulas, el legislador de la Unión quiso descartar cualquier intento de unificar las legislaciones procesales penales de los Estados miembros, respetando su libertad de organizar los respectivos sistemas institucionales según reglas nacionales propias.

54. La enumeración de autoridades que efectúa el artículo 2, letra c), inciso i), de la Directiva 2014/41 se atiene a ese criterio cuando engloba, en pie de igualdad, a «un juez, órgano jurisdiccional, juez de instrucción o fiscal». Todos ellos son, justamente, los titulares de las funciones de dirección de la investigación penal en los distintos Estados miembros.

29 Incorpora, además, como ya he dicho, la posibilidad de reconocer el carácter de autoridad de emisión a las que desempeñan funciones administrativas, aduaneras o fiscales, previa validación de las autoridades *judiciales*.

30 Me remito a mis conclusiones de los asuntos Özçelik (C--53/16 PPU, EU:C:2016:783), puntos 39 a 41; y PF (Fiscal General de Lituania) (C-509/18, EU:C:2019:338), puntos 36 a 46.

31 Documento 9288/10 ADD 2 del Consejo, de 23 de junio de 2010 (en lo sucesivo, «Memorando»), p. 22.

55. En consecuencia, conociendo el legislador de la Unión la pluralidad de las Fiscalías existentes en unos Estados miembros y otros, la inclusión del fiscal entre las autoridades de emisión *cualificadas* solo puede entenderse como fruto de una voluntad consciente de abarcar todos los tipos de fiscales responsables de la investigación penal en aquellos Estados, fuera cual fuera su grado de vinculación con el poder ejecutivo.

56. Obviamente, ese grado (variable) de vinculación no podía pasar desapercibido al legislador de la Unión, conocedor de que la mayoría de los Estados miembros que conferían al Ministerio Fiscal funciones instructoras en los procesos penales mantenían un nexo entre él y el poder ejecutivo.

57. La Directiva 2014/41 se aprobó para agilizar la obtención y la transmisión de pruebas con dimensión transnacional, simplificando el marco normativo, fragmentario y complejo, vigente hasta ese momento.<sup>32</sup> Los instrumentos de cooperación judicial que la preceden no exigían la independencia del Ministerio Fiscal del poder ejecutivo, en cuanto a sus funciones en el ámbito de la investigación, y nada conduce a pensar —al contrario— que el legislador europeo optara por instaurar ese (nuevo) requisito. Como sucedía con los instrumentos de cooperación penal preexistentes en esta materia, prefirió respetar las estructuras de investigación penal de los diversos Estados miembros.

## 2. La posición reforzada de la autoridad judicial de ejecución

58. La Directiva 2014/41 y la Decisión marco 2002/584 tienen en común la posibilidad de que la autoridad de ejecución deniegue llevar a cabo lo que se le pide, aun cuando sea por motivos dispares. La particularidad de la Directiva 2014/41 es que otorga, además, a la autoridad de ejecución una amplia gama de mecanismos de consulta<sup>33</sup> y de modulación del alcance de la medida de investigación.

59. A diferencia de la Decisión marco 2002/584, el artículo 10 de la Directiva 2014/41 faculta a la autoridad de ejecución para recurrir a medidas de investigación distintas de las indicadas en la OEI. Así podrá hacerlo cuando estas últimas «no exist[an] en el derecho nacional del Estado de ejecución [...] o no exist[an] en un caso interno similar»<sup>34</sup> (apartado 1), o cuando la autoridad de ejecución pueda elegir otra medida que «tenga el mismo resultado por medios menos invasores de la intimidad» (apartado 3).

60. La Decisión marco 2002/584 no ofrece ese margen de maniobra, antes bien condiciona estrictamente la actuación de la autoridad de ejecución de las ODE. El *centro de gravedad* de las ODE, si se puede emplear esa expresión, se sitúa en la autoridad de emisión, cuya posición de independencia institucional<sup>35</sup> aporta, de suyo, a la autoridad de ejecución la *garantía*<sup>36</sup> de que la restricción de la libertad personal es inobjetable, desde esa perspectiva.

32 Considerandos quinto y sexto de la Directiva 2014/41.

33 El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2014/41 atribuye a la autoridad de emisión la función de valorar la necesidad y la proporcionalidad de la emisión de la OEI, el respeto de los derechos del sospechoso y acusado, así como la comprobación de que las diligencias podrían haberse dictado en las mismas condiciones para un caso interno similar. Si la autoridad de ejecución alberga dudas respecto del cumplimiento de estas condiciones, el apartado 3 del mismo artículo 6 la habilita para dirigir una consulta a la autoridad de emisión. En la cumplimentación de la OEI, la autoridad de ejecución y la de emisión pueden consultarse entre sí (artículo 9, apartado 6, de la Directiva 2014/41).

34 Esa cautela obedece, una vez más, al criterio de no alterar las reglas internas de cada Estado miembro en materia de procedimiento penal. La autoridad de ejecución no podrá, sin embargo, utilizar la facultad que le asigna el artículo 10, apartado 1, en las hipótesis que enuncia su apartado 2.

35 Sentencia OG y PI (Fiscalías de Lübeck y de Zwickau), apartado 73: «[...] debe estar en condiciones de [emitir una ODE] con objetividad, teniendo en cuenta todas las pruebas de cargo y de descargo, y sin estar expuesta al riesgo de que su potestad decisoria sea objeto de órdenes o instrucciones externas, en particular del poder ejecutivo, de modo que no exista ninguna duda de que la decisión de emitir la orden de detención europea corresponde a esa autoridad y no, en definitiva, a dicho poder».

36 *Ibidem*, apartado 74: «la autoridad judicial emisora debe poder aportar a la autoridad judicial de ejecución la garantía de que, a la vista de las salvaguardias previstas en el ordenamiento jurídico del Estado miembro emisor, actúa con independencia al ejercer sus funciones inherentes a la emisión de órdenes de detención europea».

61. En cambio, en el ámbito de las OEI no es imprescindible que la autoridad de emisión tenga el mismo grado de independencia, a fin de relacionarse con la autoridad de ejecución. Aparte de la presunción derivada del principio de reconocimiento mutuo, la autoridad de ejecución cuenta, como he expuesto, con un abanico de posibilidades para constatar que no hay disfunciones.

62. Corroborada la disparidad de regímenes jurídicos entre las ODE y las OEI la sumisión de estas últimas, como criterio rector de la conducta de las autoridades de ejecución, no solo a la Directiva 2014/41, sino también a los «procedimientos aplicables en un caso interno similar» [artículo 2, letra d)].

63. De esa premisa se deduce una consecuencia que creo relevante para este asunto, a la que se refiere el mismo artículo 2, letra d), *in fine*, de la Directiva 2014/41 y sobre la que después volveré: «dichos procedimientos pueden requerir una autorización judicial del Estado de ejecución cuando así se disponga en su legislación interna».<sup>37</sup>

64. Cuando la medida de investigación demande, según la legislación interna del Estado de ejecución (así sucede en Austria), una autorización judicial, esta última se convierte en un factor adicional de garantía propiamente jurisdiccional. Corresponderá al juez o tribunal designado según las normas del Estado de ejecución expedir esa autorización.

65. El cumplimiento *efectivo* de la OEI depende, pues, en estas circunstancias, de un juez del Estado de ejecución, sean cuales sean las autoridades de emisión y de ejecución. La Directiva 2014/41 no concreta, lógicamente, en qué Estados miembros las normas procesales nacionales imponen esa autorización judicial para llevar a cabo la medida de investigación.

### ***E. La salvaguarda de los derechos del sospechoso o del acusado***

66. El tribunal *a quo* alude a la protección de los derechos fundamentales y de otros derechos procesales de los afectados, remitiéndose a los apartados 67 y siguientes de la sentencia OG y PI (Fiscalías de Lübeck y de Zwickau), como argumento complementario de su auto de reenvío.

67. La defensa de los derechos fundamentales, así como del resto de los derechos procesales de quienes son objeto de investigaciones sobre actividades delictivas, es una preocupación que afloró desde los trabajos preparatorios de la Directiva 2014/41 y que se ha plasmado en esta.<sup>38</sup>

68. El Memorando evidenciaba como objetivo específico el mantenimiento de un alto grado de protección de los derechos fundamentales y de otros derechos procesales de las personas investigadas. Ese objetivo (y su subsiguiente reflejo en la norma positiva) se debe a que la recogida de pruebas en otro Estado miembro no tendría que afectar a las garantías de la persona investigada, particularmente en lo que concierne al derecho a un juicio justo. Por eso, la Directiva 2014/41 se vincula a otras Directivas relativas a derechos procesales en los procedimientos criminales.<sup>39</sup>

<sup>37</sup> No excluyo, sin embargo, que otra normativa del derecho de la Unión pudiera reclamar la autorización judicial previa en algunos supuestos. En el asunto C-746/18, el Tribunal de Justicia habrá de dilucidar si así ocurre con el acceso a datos relativos a las comunicaciones electrónicas. Véanse las conclusiones del abogado general Pitruzzella, de 21 de enero de 2020, en ese asunto (EU:C:2020:18).

<sup>38</sup> A los derechos fundamentales se refieren, desde distintas perspectivas, los considerandos décimo, décimo segundo, décimo octavo, décimo noveno y trigésimo noveno. En cuanto al articulado, aluden, explícitamente, a los derechos fundamentales el artículo 1, apartado 4, «[la Directiva] no podrá tener por efecto modificar la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos enunciados en el artículo 6 del TUE, incluido el derecho de defensa de las personas imputadas en un proceso penal»; y el artículo 14, apartado 2. Véanse, *infra*, los puntos 83 y 84.

<sup>39</sup> Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales (DO 2010, L 280, p. 1), 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), y Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad (DO 2013, L 294, p. 1).

69. También en este ámbito la Decisión marco 2002/584 y la Directiva 2014/41 obedecen a lógicas no coincidentes:

- La Decisión marco 2002/584 incide, como ya he señalado, en el derecho al que más intensamente puede afectar la actuación pública dirigida a la represión de la actividad criminal. La ODE tiene por objeto inmediato y directo la privación de la libertad de una persona para su entrega a otro Estado miembro, donde habrá de cumplir una pena o ser sometido a un proceso penal.<sup>40</sup> Esa libertad es una de las que figuran en la Carta (artículo 6) y, por lo tanto, ha de contar con la protección jurisdiccional debida (artículo 47).
- La Directiva 2014/41 insiste, por supuesto, en la protección de los derechos fundamentales y de los derechos procesales del afectado (sospechoso o acusado) por las medidas de investigación. Pero, aunque alguna de estas medidas pueda, a su vez, traducirse en una limitación de un derecho fundamental, ninguna de ellas tiene la intensidad de una ODE. La práctica de las OEI ha de hacerse, obviamente, con respeto a los derechos fundamentales,<sup>41</sup> pero eso no implica que, de suyo, estos se vean siempre limitados, cualquiera que sea la medida acordada.

70. Las diligencias de investigación que permite practicar la Directiva 2014/41 abarcan, en efecto, un abanico sumamente variado: van desde las que no tienen carácter «invasivo»<sup>42</sup> (considerando décimo sexto y artículo 10, apartado 2), a las que sí lo tienen y pueden significar, en consecuencia, una «injerencia», mayor o menor, en ciertos derechos fundamentales (considerando décimo).

71. Cabe incluso que las diligencias ordenadas lo sean a solicitud de la persona sospechosa o acusada (artículo 1, apartado 3) y, por tanto, en su beneficio, lo que descarta cualquier repercusión negativa en su esfera de derechos e intereses.

72. A partir de estas premisas, me parece útil abordar por separado cómo se protegen los derechos de los investigados en las fases de emisión y de ejecución de las OEI, poniendo especial atención sobre la intervención del Ministerio Fiscal en ambas.

### *1. La tutela, en la fase de emisión, de los derechos del sospechoso o acusado*

73. La autoridad de emisión ha de garantizar el respeto de los derechos del sospechoso o del acusado: así lo enuncia el considerando décimo segundo de la Directiva 2014/41<sup>43</sup> y lo dispone su artículo 6, apartados 1 y 2.

<sup>40</sup> Es, además, una restricción singularmente cualificada, porque, a la carga propia de la pérdida de libertad, se añade el desplazamiento forzoso a otro Estado, que aparta a la persona del círculo en el que se desarrolla su vida personal y social, lo que entrañará la necesidad de afrontar una defensa técnica en un territorio con un sistema jurídico diferente.

<sup>41</sup> Considerando décimo segundo: la autoridad de emisión ha de «garantizar el pleno respeto de los derechos reconocidos en el artículo 48 de la Carta [...]. La presunción de inocencia y los derechos de la defensa en los procesos penales, son una piedra angular de los derechos fundamentales reconocidos en la Carta en el ámbito de la justicia penal. Cualquier limitación de estos derechos mediante una medida de investigación ordenada de conformidad con la presente Directiva debe ajustarse a los requisitos establecidos en el artículo 52 de la Carta con respecto a la necesidad, proporcionalidad y a los objetivos de interés general que debe buscar, o a la necesidad de proteger los derechos y libertades de los demás».

<sup>42</sup> Considerando décimo sexto: «las medidas no invasivas podrían ser, por ejemplo, medidas que no violan el derecho a la vida privada o el derecho a la propiedad, dependiendo del derecho nacional de que se trate». La Nota Común de Eurojust y la Red Judicial Europea sobre la aplicación práctica de la OEI señala, en el punto 5.4, *in fine*, que «la mayoría de los Estados miembros no dispone en su legislación de una definición de “medida no invasiva”, sino que considera que se trata de un concepto común definido en el lenguaje jurídico corriente que engloba a aquellas medidas que no afectan a los derechos fundamentales y que a menudo no requieren una orden judicial» (11168/19, [http://eurojust.europa.eu/doclibrary/Eurojust-framework/Casework/Joint%20note%20of%20Eurojust%20and%20the%20EJN%20on%20the%20practical%20application%20of%20the%20European%20Investigation%20Order%20\(June%202019\)/2019-06-Joint\\_Note\\_EJ-EJN\\_practical\\_application\\_EIO\\_ES.pdf](http://eurojust.europa.eu/doclibrary/Eurojust-framework/Casework/Joint%20note%20of%20Eurojust%20and%20the%20EJN%20on%20the%20practical%20application%20of%20the%20European%20Investigation%20Order%20(June%202019)/2019-06-Joint_Note_EJ-EJN_practical_application_EIO_ES.pdf)).

<sup>43</sup> Transcrito en la nota 41.

74. La Directiva 2014/41 parte de la presunción de respeto por los demás Estados miembros del derecho de la Unión y, en particular, de los derechos fundamentales.<sup>44</sup> En correspondencia, el formulario de las OEI contenido en el anexo A de esa Directiva (en lo sucesivo, «formulario») se abre con un encabezamiento en el que la autoridad de emisión ha de certificar, ella misma, que, entre otros extremos, la OEI es necesaria y proporcionada y que se han tenido en cuenta los derechos del investigado o acusado.

75. En su función de garante de la legalidad y, por extensión, de los derechos individuales, cuando el Ministerio Fiscal actúa como autoridad de emisión, deberá atenerse a esas prescripciones. Habrá, pues, de rellenar el formulario de la manera más adecuada para que la autoridad de ejecución que lo reciba no albergue dudas sobre el respeto de los condicionantes del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2014/41.

76. La ley nacional, a la vez que instituye al Ministerio Fiscal como autoridad de emisión, puede asignar a un juez la competencia para autorizar la adopción de ciertas medidas (sobre todo, si tienen un carácter invasivo). La Directiva 2014/41 no prevé la necesidad de esa autorización antes de librar una OEI, pero nada impide que la legislación de ese Estado así lo requiera. En tales hipótesis, la protección de los derechos del sospechoso o del acusado quedaría doblemente asegurada, ya desde su origen en el Estado de emisión.<sup>45</sup>

## *2. La tutela, en la fase de ejecución, de los derechos del sospechoso o acusado*

77. La garantía de los derechos fundamentales en el Estado de ejecución se enuncia en el considerando décimo noveno<sup>46</sup> de la Directiva 2014/41 y se concreta en su artículo 11, apartado 1, letra f), con arreglo al que, «sin perjuicio del artículo 1, apartado 4, se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de una OEI en el Estado de ejecución [...] cuando existan motivos fundados para creer que la ejecución de la medida [...] sería incompatible con las obligaciones del Estado miembro de ejecución de conformidad con el artículo 6 del TUE y de la Carta».

78. La expresión «sin perjuicio del artículo 1, apartado 4,»<sup>47</sup> revela la importancia de esta disposición de la Directiva 2014/41, que se convierte en una de las cláusulas generales destinadas a regir la actividad de las autoridades, de emisión o de ejecución, de las OEI.

79. Incumbirá, pues, al Ministerio Fiscal, en los Estados miembros que lo hayan designado como autoridad de ejecución, atenerse a esas prescripciones, que pueden llevarlo incluso a rechazar el reconocimiento o la ejecución de las OEI.

80. Sin llegar a una solución tan drástica, la Directiva 2014/41 confiere al Ministerio Fiscal, si se le designa como autoridad de ejecución, facultades para modular la ejecución de la OEI: acudiendo ya sea al artículo 10 (medidas de investigación distintas a las solicitadas), ya sea al mecanismo de consulta con la autoridad de emisión (artículos 6, apartado 3, y 9, apartado 6).

44 Considerando décimo noveno: «La realización del espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión se basa en la confianza mutua y en una presunción del respeto, por parte de los demás Estados miembros, del derecho de la Unión y, en particular, de los derechos fundamentales».

45 El Gobierno alemán aduce (apartados 61 y 62 de sus observaciones) que este es el criterio de su legislación. En respuesta a una pregunta del Tribunal de Justicia, aclaró que, en este asunto, la intervención del Fiscal de Hamburgo no estuvo precedida de la decisión de un juez, dada la índole de la medida solicitada.

46 «[...] Si hubiere motivos sustanciales para creer que la ejecución de una medida de investigación indicada en la OEI vulneraría un derecho fundamental del interesado y que el Estado de ejecución ignoraría sus obligaciones relativas a la protección de los derechos fundamentales reconocidos en la Carta, la ejecución de la OEI debe denegarse».

47 Transcrito en la nota 38.

81. En definitiva, en el momento de la ejecución de la OEI, la protección de los derechos fundamentales y del resto de derechos procesales del sospechoso o acusado ha pasado ya una serie de filtros y «salvaguardias»<sup>48</sup> que ayudan a despejar cualquier duda al respecto.

82. El círculo de protección de esos derechos se cierra, en el esquema de la Directiva 2014/41, obligando a instaurar unas «vías de recurso», a las que alude el considerando vigésimo segundo<sup>49</sup> y que se concretan en el artículo 14.

83. Esas vías de recurso, tanto en el Estado de emisión como en el Estado de ejecución,<sup>50</sup> colman, por así decirlo, el *vacío* que era perceptible en la Decisión marco 2002/584 y que provocó las cuestiones prejudiciales suscitadas por otros órganos jurisdiccionales, a las que el Tribunal de Justicia hubo de contestar. De ahí que las preocupaciones expresadas, a este respecto, en el auto de reenvío, no se correspondan con los términos de la Directiva 2014/41.

### *3. La eventual actuación (complementaria) de un órgano jurisdiccional del Estado de ejecución, cuando en ese Estado el Ministerio Fiscal es autoridad de ejecución*

84. Con arreglo al artículo 2, letra d), de la Directiva 2014/41, la ejecución de una OEI se efectúa «de conformidad con la presente Directiva y con los procedimientos aplicables en un caso interno similar. Dichos procedimientos pueden requerir una autorización judicial del Estado de ejecución cuando así se disponga en su legislación interna».

85. El órgano jurisdiccional de reenvío es, en este asunto, quien ha de autorizar la medida solicitada por la Fiscalía de Viena, ya que así lo recoge la StPO. Su intervención, pues, no es requerida por la Directiva 2014/41, aunque esta, por respeto a los procedimientos nacionales, no obsta a que se lleve a cabo. Esa intervención, sin embargo, no convierte a aquel órgano jurisdiccional en autoridad de ejecución.<sup>51</sup>

86. En la lógica de la Directiva 2014/41 se halla que, al valorar la petición de autorización, el juez competente no sustituye a la autoridad de ejecución de ese Estado miembro. Es solo a esta última (en este asunto, a la Fiscalía de Viena) a la que concierne dar cumplimiento a la medida solicitada.

87. El tribunal *a quo*, que ha de otorgar la autorización judicial para acceder a la información de la cuenta bancaria, no necesita, pues, indagar sobre cuáles eran los vínculos de la Fiscalía de Hamburgo (que actuó como autoridad de emisión) con el poder ejecutivo del Estado de emisión. De otro modo, aquel tribunal estaría instaurando un requisito adicional, no contemplado en la Directiva 2014/41, que ni siquiera exige a los órganos de investigación nacionales.

48 Este vocablo figura en el encabezamiento del capítulo III («Procedimientos y salvaguardias para el Estado de ejecución») de la Directiva 2014/41.

49 «Las vías de recurso existentes contra una OEI deben ser, como mínimo, iguales a las existentes en un caso nacional contra la medida de investigación de que se trate. De conformidad con su derecho nacional, los Estados miembros deben garantizar la aplicabilidad de dichas vías de recurso, inclusive informando a su debido tiempo a cualquier parte interesada sobre las posibilidades y condiciones para emprender las vías de recurso [...]».

50 Sobre las vías de recurso versaba el reenvío prejudicial que dio lugar a la sentencia de 24 de octubre de 2019, *Gavanzov* (C-324/17 EU:C:2019:892). En su apartado 37, el Tribunal de Justicia se limitó a declarar que no es necesario que el formulario enviado contenga «una descripción de los recursos que existen, en su caso, en el Estado miembro de emisión, contra la emisión de una orden europea de investigación». No llegó a abordar, en consecuencia, si «[...] el artículo 14 de dicha Directiva [...] se opone a una normativa nacional que no prevé ningún recurso que permita impugnar los motivos de fondo que motivaron la emisión» de una OEI. En sus conclusiones de ese asunto (EU:C:2019:312), el abogado general Bot sostuvo que aquel artículo «se opone a la normativa de un Estado miembro, como la normativa búlgara, que no establece en modo alguno la posibilidad de impugnar los motivos de fondo de una medida de investigación objeto de una orden europea de investigación, así como a que una autoridad de ese Estado miembro emita una orden europea de investigación».

51 La función de juez que autoriza la medida de investigación no equivale a una *validación*, en el sentido de lo que se prevé para las autoridades de emisión del artículo 2, letra c), inciso ii), de la Directiva 2014/41.

88. En otras palabras, y volviendo al inicio de este análisis, la lógica de la Directiva 2014/41 se traduce en que el tribunal remitente ha de tratar, a efectos de su admisión, la OEI procedente mediatamente de la Fiscalía de Hamburgo e inmediatamente de la Fiscalía de Viena como lo haría con una petición de autorización de diligencias demandada por el Ministerio Fiscal austriaco en una investigación penal austriaca.

### *F. Corolario*

89. La Directiva 2014/41 contiene una regulación completa de las relaciones entre las autoridades de emisión y las de ejecución de las OEI. Esa regulación tiene presente, en todo momento, el respeto de los derechos fundamentales y del resto de derechos procesales del sospechoso o acusado. Además de la presunción inherente al principio de reconocimiento mutuo, el sistema de cooperación judicial penal ofrece, en este ámbito, garantías suficientes de que los derechos de esas personas están protegidos.

90. Ese marco normativo es lo suficientemente amplio como para acoger, en cuanto autoridades de emisión, a los Ministerios Fiscales de todos los Estados miembros, sea cual sea su posición institucional respecto del poder ejecutivo. En cada caso, la autoridad de ejecución deberá ponderar si concurren en la OEI solicitada los requisitos para su ejecución. Contra su decisión, la Directiva 2014/41 establece las vías de recurso judicial adecuadas.

91. Que el Ministerio Fiscal de un Estado miembro pueda recibir instrucciones particulares del poder ejecutivo no basta, pues, para denegar sistemáticamente la ejecución de las OEI que haya expedido. De lo contrario:

- Cada autoridad de ejecución debería cerciorarse de que el Ministerio Fiscal de emisión no está sujeto a aquellas instrucciones. Eso generaría, probablemente, una notable inseguridad jurídica y una demora<sup>52</sup> en la tramitación de las investigaciones penales con dimensión transfronteriza, dificultando que «la cooperación entre los Estados miembros en materia penal se lleve a cabo de forma rápida, eficaz y coherente».<sup>53</sup>
- Se produciría una modificación encubierta de la Directiva 2014/41, de cuyo artículo 2, letra c), inciso i), habría que excluir a los Ministerios Fiscales de determinados países, para insertarlos en el inciso ii) de esa misma letra c), lo que significaría que no podrían tampoco validar las decisiones de otras autoridades administrativas de emisión de las OEI.
- Se forzaría a redefinir la distribución de las competencias de las autoridades de emisión en los Estados miembros,<sup>54</sup> lo que acarrearía distorsionar la voluntad del legislador de la Unión, que no quiso alterar, sino respetar, los sistemas institucionales y procesales de los Estados miembros vigentes cuando se aprobó la Directiva 2014/41.

52 El punto 4 del Memorando señala que la rápida resolución de los asuntos penales supone un elemento clave tanto para la eficacia como para la calidad del sistema. Los retrasos indebidos han de evitarse, ya que ejercen un impacto negativo en la calidad de la prueba. Además, toda persona acusada tiene derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable.

53 Considerando vigésimo primero de la Directiva 2014/41.

54 La Nota común de Eurojust y de la Red Judicial Europea sobre la aplicación práctica de la OEI muestra que, en el panorama comparado, los Estados miembros designan, mayoritariamente, al Ministerio Fiscal como autoridad de emisión.

## V. Conclusión

92. A tenor de lo expuesto, sugiero al Tribunal de Justicia responder al Landesgericht für Strafsachen Wien (Tribunal regional de lo penal de Viena, Austria) en estos términos:

«Los Ministerios Fiscales de los Estados miembros que así lo hayan establecido pueden calificarse de autoridades judiciales de emisión incluidas en el artículo 2, letra c), inciso i), 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».