



Representando a los
Abogados europeos

COMENTARIOS DE CCBE SOBRE LA PROPOSICIÓN DE UNA ORDEN DE INVESTIGACIÓN EUROPEA

Consejo de la Abogacía Europea

association internationale sans but lucratif

Avenue de la Joyeuse Entrée 1-5 – B 1040 Brussels – Belgium – Tel.+32 (0)2 234 65 10 – Fax.+32 (0)2 234 65 11/12 – E-mail ccbe@ccbe.org – www.ccbe.org

COMENTARIOS DE CCBE A LA PROPOSICIÓN DE UNA ORDEN DE INVESTIGACIÓN EUROPEA

El Consejo de la Abogacía (CCBE) es una organización que representa cerca de 1.000.000 de abogados europeos a través de los Consejos nacionales de la Abogacía de 31 Estados miembros de pleno derecho y 11 Estados observadores.

CCBE desea aportar los siguientes comentarios en respuesta a la proposición de una “Orden de Investigación europea” (OIE).

I. Introducción

En abril de 2010, 7 Estados miembros (Bélgica, Bulgaria, Estonia, España, Austria, Eslovenia y Suecia) realizaron una propuesta de una orden de investigación europea (OIE). Esta propuesta pretende reemplazar no sólo los dos instrumentos existentes en el ámbito de la asistencia mutua, el “Exhorto europeo de obtención de pruebas” (2008/978/JHA) y la Decisión marco 2003/577/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas, sino también de otros instrumentos en este ámbito, como la Convención de 1959 sobre asistencia mutua en materia penal (ratificada por todos los Estados miembros), el primer y segundo protocolo de esta convención y algunas partes del Convenio Schengen (Artículos 48-53) y algunos de sus protocolos.

El Artículo 82 (2)(a) del Tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea, el Tratado de Lisboa, es la supuesta base legal de esta proposición. Al estar basada en el Tratado de Lisboa, está sujeta al voto a la mayoría cualificada y no puede ejercerse el veto por los Estados miembros.

II. Ámbito de la Orden de Investigación Europea

La proposición puede resumirse de la siguiente manera:

- Mientras que el exhorto europeo de obtención de pruebas estaba basado sobre el tipo de pruebas, la Orden de Investigación Europea se basa en las medidas de investigación como tales. El Estado emisor decide lo que quiere y de que manera debe recogerse el material por parte del Estado de ejecución.
- La OIE cubre todas las medidas de investigación salvo unas pocas explícitamente excluidas.
- La autoridad emisora decide que medida debe ejecutarse por la autoridad ejecutiva. El Estado de ejecución no tiene ningún poder de decidir si existen otros medios menos coercitivos que puedan resultar más apropiados para conseguir el objetivo buscado, con contadísimas excepciones.
- Si debe utilizarse una nueva forma de OIE, deben establecerse límites claros de tiempo.
- Puede emitirse una OIE tanto en procesos penales como administrativos.
- A los oficiales de la autoridad emisora les está permitido ayudar en la ejecución a la autoridad ejecutante.
- Difícilmente hay razones para rechazar la solicitud (Ne bis in ídem, Doble incriminación, Territorialidad, etc, no son razones para el rechazo);
- No hay ningún tipo de mención de los derechos de defensa. Los Derechos humanos sólo se abordan de la manera más general posible, y no existe una evaluación del efecto de las potenciales vulneraciones de los derechos humanos por la proposición.

Consejo de la Abogacía Europa

association internationale sans but lucratif

Avenue de la Joyeuse Entrée 1-5 – B 1040 Brussels – Belgium – Tel.+32 (0)2 234 65 10 – Fax.+32 (0)2 234 65 11/12 – E-mail ccbe@ccbe.org – www.ccbe.org

23.01.2009

III. Comentarios de CCBE

a. Base jurídica

El artículo 1 de la orden de investigación europea se formula de la siguiente forma: “La orden de investigación europea es una decisión judicial emitida por una autoridad competente de un Estado miembro (llamado a partir de ahora “Estado de emisión”) con el fin de ejecutar una o varias medidas de investigación específicas en otro Estado miembro (llamado a partir de ahora “Estado de ejecución”) en vista de reunir pruebas en el marco de los procedimientos previstos en el artículo 4”.

Según el artículo 1, no existe definición de las “medidas de investigación”. Sin una evaluación adecuada, concluimos que la definición de una “medida de investigación” varía en los 27 Estados miembros. CCBE cuestiona por ejemplo si el hecho de hablar a los informadores será considerado una medida de investigación, o cual es la consideración dada a un agente de policía que pregunta al dueño de una tienda si puede echar un vistazo las grabaciones de su cámara de vigilancia, etc.

Esta falta de definición de “medida de investigación” genera un cierto número de incertidumbres.

El primer problema se remonta a su base jurídica. Las cuestiones operacionales de mantenimiento del orden van más allá del principio de reconocimiento mutuo. Esto significa que la regla de voto no será la mayoría cualificada sino la unanimidad (Art. 89 del tratado de Lisboa) del Consejo en consulta con el Parlamento Europeo. En consecuencia, sin definición apropiada dudamos que la base legal de la propuesta sea suficiente.

El segundo problema es que los instrumentos de asistencia mutua tratan con un número de acciones que difícilmente pueden considerarse “medidas de investigación”. Uno puede pensar por ejemplo en los actos mencionados en el artículo 49 del Convenio de Schengen. ¿Que pasaría con estos actos si los instrumentos que los contienen son suprimidos después de la introducción de la orden de investigación europea?

La falta de definición apropiada de “medida de investigación” hace que esta proposición, que tendrá un efecto muy importante sobre todos los ciudadanos de la Unión europea, no contenga la claridad y la seguridad jurídica necesarias.

b. No-participación

Sobre la base de los protocolos 21 y 22, el Reino Unido, Irlanda y Dinamarca pueden rechazar la proposición. Si bien el Reino Unido e Irlanda han notificado su deseo de participar en su adopción, Dinamarca no participará. Si uno o varios países de la Unión no participan en la proposición, la pregunta que se plantea es saber cuál será el estatuto de los antiguos instrumentos que serán abolidos en los Estados que adopten la proposición.

c. Derecho de defensa

La proposición pretende tratar todas las “medidas de investigación” imaginables.

Un número muy limitado de “medidas de investigación” se cita explícitamente. El artículo 3.2 prevé que la puesta en marcha de un equipo común de investigación y la obtención de pruebas por la misma sean excluidas. Lo mismo sucede para una forma específica de intervención de las comunicaciones (en relación con el artículo 18 (1) (a) y 18 (2) (a) y (c) y artículo 20 del Convenio del 29 de Mayo de 2000).

Una serie de medidas son tratadas específicamente, como la transferencia al Estado emisor de las personas en custodia para el propósito de la investigación (artículo 19), la declaración por videoconferencia (artículo 21), la declaración por conferencia telefónica (artículo 22), información sobre cuentas bancarias (artículo 23), información sobre transferencias bancarias (artículo 24), el monitoreo de transferencias bancarias (artículo 25), los envíos vigilados (artículo 26) y las

medidas de investigación que impliquen la obtención de pruebas en tiempo real, de manera continua y en el curso de un período determinado (artículo 27).

Hay sin embargo un asunto que todas las medidas de investigación, traten específicamente o no sobre ello, tienen en común: No existe ninguna mención a los derechos de defensa. Los derechos de defensa son totalmente inexistentes en la proposición. Todas estas medidas pueden tener un gran impacto en los derechos fundamentales de la Unión. Teniendo en cuenta de que no se ha prestado ninguna atención a los derechos de defensa CCBE considera que es absolutamente necesario asegurar que los derechos de defensa y el principio de un juicio justo y equitativo en el ámbito penal son completamente respetados en la proposición.

No solamente hay una necesidad clara de incluir los derechos de defensa en relación a las “medidas de investigación” que serán llevadas a cabo mediante el uso de la OIE, estos derechos también necesitan estar disponibles para aquellos afectados por la emisión o ejecución de la orden en si misma. CCBE considera que es un requisito básico del artículo 6 del Convenio Europeo de derechos humanos que los derechos de defensa estén también disponibles para aquellos afectados por la emisión o ejecución de una OIE. Además, esta proposición necesita un mayor escrutinio y evaluación el impacto exacto de la medida, pero no tenemos ninguna duda de que las personas afectadas deben tener acceso a recursos legales. Estos recursos legales deberán instalarse no solamente después de que se haya llevado a cabo una medida, salvo que hayan existido serias objeciones antes de dicho momento, pero al menos lo antes posible. Una de las principales características de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es que los recursos legales deben ser prácticos y efectivos y no teóricos e ilusorios.

La proposición no contiene la posibilidad para la defensa de hacer uso de una OIE. Se da por supuesto que una defensa adecuada requiere en ocasiones examinar a testigos en el extranjero, obtener documentos en el extranjero, etc. Siguiendo la sentencia Dayanan (ECHR 13 de Octubre 2009, Dayanan c. Turquía, 7377/03, párrafo 32), que el acusado debe tener la posibilidad de investigar los hechos y en particular las pruebas potencialmente favorables. La proposición debe contener un artículo que trate específicamente con la provisión de la posibilidad para la defensa de hacer uso de una EIO.

d. Tipo de procesos en los que puede emitirse una EIO.

La proposición no se limita a los procesos penales, puesto que las “medidas de investigación” pueden ser solicitadas en procedimientos administrativos. No existe una definición propia de los procesos administrativos. Sin una adecuada evaluación CCBE considera que deben existir una amplia variedad de procesos administrativos en la Unión Europea. Muchos asuntos pueden seguir procesos administrativos (licencia de un bar o una empresa) pueden contener asuntos que pueden dar lugar a un proceso ante una jurisdicción competente en materia penal (por ejemplo infracción de las restricciones de la licencia, la venta de alcohol a menores). (Artículo 4 (b), “en los procedimientos por hechos que resultan punibles según el derecho nacional del estado de emisión a título de infracción de los reglamentos por las autoridades administrativas cuya decisión puede dar lugar a un recurso ante una jurisdicción competente, sobretodo en materia penal”). ¿Puede ocurrir que el alcalde de un pueblo local que quiera cerrar un local porque el propietario no tenga la licencia apropiada o cuyas licencias deben ser revocadas porque vende alcohol a menores, deba seguir un procedimiento administrativo de acuerdo a la proposición?

La autoridad emisora y ejecutora de una OIE no se limita a las autoridades judiciales (artículo 2(1) y artículo 2 (2) en conexión con el artículo 28 (1) y el artículo 6 (2). CCBE se pregunta si un funcionario en la oficina del alcalde puede ordenar a las autoridades en una jurisdicción extranjera realizar escuchas telefónicas en ese país.

e. Motivos de rechazo

El Artículo 10 de la propuesta contiene cuatro razones para el no reconocimiento o no ejecución:

- Una inmunidad o privilegio bajo la ley del Estado ejecutante.

Consejo de la Abogacía Europa

association internationale sans but lucratif

Avenue de la Joyeuse Entrée 1-5 – B 1040 Brussels – Belgium – Tel.+32 (0)2 234 65 10 – Fax.+32 (0)2 234 65 11/12 – E-mail ccbe@ccbe.org – www.ccbe.org

23.01.2009

- La puesta en peligro de intereses de seguridad nacional o implicarían el uso de información clasificada en relación a la actividad de inteligencia específica.
- Cuando la “medida de investigación” indicada por la autoridad emisora no existe bajo la ley del Estado ejecutante o su uso está restringido a una lista o categoría de delitos que no son investigados a través de la OIE y no hay “medida de investigación” disponible que pueda lograr el mismo resultado.
- En los procedimientos llevados a cabo por las autoridades judiciales y administrativas respecto a actos punibles en el derecho nacional del Estado emisor y donde la decisión puede dar lugar a procedimientos ante un tribunal que tiene jurisdicción en particular en materia penal y la medida no fue autorizada en un caso similar nacional.

No hay otras razones para el rechazo. La diferencia con la orden de detención europea y el exhorto europeo de obtención de pruebas (y las decisiones de congelación de cuentas) es sorprendente. No hay ninguna razón de rechazar una decisión bajo el principio “Non bis in ídem”, lo que resulta inimaginable puesto que el principio de doble incriminación es un derecho fundamental consagrado por el artículo 50 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea.

La doble incriminación no es motivo de rechazo. Hasta el momento, la exigencia de doble incriminación no había sido suprimida más que en una lista oficial de 32 delitos cuya pena es de al menos 3 años. Esta vez, el principio de doble incriminación ha sido completamente abandonado.

Lo mismo ha ocurrido con la excepción de territorialidad. Ahora, la autoridad pertinente deberá (sin la menor posibilidad de excepción) cooperar para proporcionar pruebas contra una persona que no ha cometido ningún crimen sobre el suelo del Estado de ejecución. Por ejemplo la policía neerlandesa deberá efectuar un registro en la consulta de un médico respetable que se ve envuelto en un proceso de eutanasia que respeta plenamente la reglamentación neerlandesa, si una autoridad (administrativa) extranjera estima que conviene proceder a la operación.

f. Derechos humanos

A pesar de que el Preámbulo de la proposición señala claramente que respeta los Derechos fundamentales y observa el principio reconocido en el artículo 6 del Tratado sobre la Unión Europea y la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea, notablemente el título VI, no hay razón disponible para el rechazo para la autoridad ejecutora si llega a la conclusión de que ejecutarla llevaría a la violación de estos derechos. Es obvio que un número de derechos de la Carta pueden ser pertinentes en el contexto de la orden de investigación europea: El derecho a la libertad, a la seguridad, a la prohibición de la tortura y los tratos inhumanos o degradantes, los derechos del niño, la protección de datos de carácter personal, la presunción de inocencia y el derecho a la defensa, el derecho a no ser juzgado ni condenado penalmente dos veces por la misma infracción penal; el derecho a un recurso efectivo y a un proceso equitativo.

Parece que los redactores de la proposición no hayan reflexionado suficientemente sobre lo que estos derechos implican en realidad. Nosotros no podemos realizar en el tiempo ofrecido un estudio apropiado sobre las potenciales medidas de investigación cubiertas por esta propuesta y su impacto en los derechos humanos de los ciudadanos de la Unión. Sin duda un Estudio de esa clase debería realizarse y llevaría seguramente a la conclusión de que los motivos de rechazo deben ampliarse.

g. Proporcionalidad y Subsidiariedad

El espacio de libertad, seguridad y justicia es un elemento fundamental de la agenda europea. En su virtud, los ciudadanos tienen cierto número de derechos como la libre circulación de mercancías (artículo 28), la libre circulación de trabajadores (artículo 45), de servicios (artículo 56), de capitales (artículo 63). Las infracciones de estos derechos sólo pueden realizarse si resultan proporcionadas. Los mismos principios de derecho comunitario se encuentran en el artículo 49 (3) de la Carta de derechos fundamentales. Antes de la introducción del Tratado de Lisboa, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya estableció que los principios de proporcionalidad y subsidiariedad eran principios fundamentales del derecho de la Unión Europea (Ferwerda CJCE, 5 de Marzo de 1980, 256/78 y Hauer, CJCE, 13 de diciembre de 1979, 44/79). En un gran número de evaluaciones de la implementación de la orden de detención europea existen preocupaciones sobre este asunto.

Debe existir la posibilidad para el Estado ejecutante de rechazar la ejecución si llega a la conclusión de que la ejecución de la EIO sería desproporcionada o violaría el principio de subsidiariedad.

Es la base de los principios fundamentales de derecho comunitario que el Estado de ejecución deberá ser autorizado a decidir de que manera una investigación particular sobre su territorio debe ser llevada a cabo. Además, resulta difícil concebir que el Estado de emisión pueda decidir otra medida más apropiada y eficaz de llevar a cabo un cierto tipo de investigación en otro Estado.

h. Ausencia de control judicial.

La proposición revela una falta total de control y equilibrio judicial. Por otra parte, la competencia de las autoridades de emisión es de gran envergadura. He aquí varios ejemplos:

Una decisión de investigación europea puede ser llevada a cabo por una autoridad judicial competente para ordenar la recolección de pruebas, incluyendo las autoridades policiales.

Un sistema en el que las autoridades policiales asociadas del Estado de ejecución deciden reconocer y ejecutar o no la decisión no es un sistema que proporcione los controles y equilibrios indispensables. La autoridad policial encargada de la investigación no tiene el distanciamiento necesario para realizar ese tipo de evaluaciones.

Para que una decisión de investigación europea sea reconocida y ejecutada, no parece que sea necesario haber evaluado que se haya cometido efectivamente un delito.

La orden de investigación europea no restringe la utilización de las pruebas obtenidas, incluso cuando el Estado de emisión ya no las exija más. En razón de la enorme cantidad de datos disponibles en nuestros días, numerosos datos de carácter privado tanto de los sospechosos como de terceras partes.

La organización de audiencias de especialistas o de testigos por videoconferencia en lugar de en persona se limita al hecho de saber si la autoridad de emisión considera que no es "deseable" que el testigo o el experto este presente en persona.

A pesar de que la orden de investigación europea no se aplica a la vigilancia transfronteriza, parece que se aplica a escala de la vigilancia en el interior del país, incluso tratándose de una medida de mayor alcance.

La proposición permite la transferencia inmediata de elementos de prueba obtenidos sin el consentimiento previo de un juez independiente del Estado de ejecución.

En consecuencia, la ausencia de control judicial puede conducir a acciones policiales arbitrarias, sin ningún tipo de atención a la protección de los derechos de las partes, del

sospechoso o de terceros. El control judicial sigue siendo la mejor garantía de independencia, imparcialidad y buen procedimiento y por lo tanto de un proceso equitativo.

i. Conclusión

CCBE espera que los puntos señalados más arriba permitan identificar los principales problemas de la proposición, estando disponible para facilitar más información sobre cualquier de los aspectos abordados.