Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. MICHAL BOBEK
presentadas el 29 de abril de 2021 [1]

Asunto C-852/19

Spetsializirana prokuratura
contra
Ivan Gavanozov

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Spetsializiran nakazatelen sad (Tribunal Penal Especial, Bulgaria)]

«Petición de decisión prejudicial — Cooperación judicial en materia penal — Directiva 2014/41/UE — Orden europea de investigación — Registro de viviendas y locales comerciales de una persona e incautación de determinados bienes — Interrogatorio del interesado como testigo — Ausencia de vías de recurso en el Estado miembro de emisión — Cooperación leal — Confianza mutua»

I. Introducción

1. Contra el Sr. Ivan Gavanozov se sigue un proceso penal en Bulgaria por delitos relacionados con el impuesto sobre el valor añadido (IVA). Aparentemente, en la comisión de dichos delitos intervinieron sociedades interpuestas, una de ellas constituida en la República Checa, y el representante de esta última, que actualmente es testigo en el proceso penal.

2. El Spetsializiran nakazatelen sad (Tribunal Penal Especial, Bulgaria), órgano jurisdiccional remitente en el procedimiento principal, ordenó el registro de los locales comerciales de la sociedad checa y de la vivienda del testigo, así como la incautación de determinados documentos, en caso de que fuesen hallados, y ordenó el interrogatorio del testigo por videoconferencia. Dado que estas pruebas se han de practicar en la República Checa, el órgano jurisdiccional remitente considera necesario emitir una orden europea de investigación (en lo sucesivo, «OEI»).

3. No obstante, la legislación búlgara no admite recurso ni contra la medida nacional de investigación ni contra la OEI emitida en virtud de aquella. Dado que el ordenamiento nacional no ofrece ninguna vía de recurso efectiva para impugnar la legalidad de los registros e incautaciones, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo, «TEDH») ha declarado en reiteradas ocasiones que dicho Estado miembro infringe las normas mínimas del artículo 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo, «CEDH»). En tales

[1] Lengua original: inglés.

circunstancias, ¿es compatible con la Directiva 2014/41/UE relativa a la orden europea de investigación en materia penal[2] y con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta») que no exista *ningún* recurso en el Estado miembro *de emisión*?

II. Marco normativo

A. Derecho de la Unión

4. El considerando 22 de la Directiva 2014/41 es del siguiente tenor: «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. […]»

5. El artículo 1, apartado 4, de la Directiva 2014/41 dispone lo siguiente:

«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.»

6. El artículo 11 enumera los motivos de denegación del reconocimiento o la ejecución de una OEI. Su apartado 1, letra f), dispone que se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución «cuando existan motivos fundados para creer que la ejecución de la medida de investigación indicada en la OEI sería incompatible con las obligaciones del Estado miembro de ejecución de conformidad con el artículo 6 del TUE y de la Carta».

7. El artículo 14 de la misma Directiva, incluido en el capítulo III, «Procedimientos y salvaguardias para el Estado de ejecución», lleva el epígrafe de «Vías de recurso». Su tenor es el siguiente:

«1. Los Estados miembros velarán por que las vías de recurso equivalentes a las existentes en un caso interno similar sean aplicables a las medidas de investigación [indicadas] en la OEI.

2. Los motivos de fondo por los que se haya emitido la OEI únicamente podrán ser impugnados mediante un recurso interpuesto en el Estado de emisión, sin perjuicio de las garantías de los derechos fundamentales en el Estado de ejecución.

3. Si ello no socava la confidencialidad de una investigación, como dispone el artículo 19, apartado 1, las autoridades de emisión y de ejecución tomarán, las medidas necesarias para velar por que se facilite información sobre las posibilidades, de conformidad con el Derecho nacional, de emprender las vías de recurso cuando estas sean aplicables y en tiempo oportuno para permitir su ejercicio efectivo.

4. Los Estados miembros velarán por que todos los plazos para emprender las vías de recurso sean los mismos que los previstos en casos internos similares y se apliquen de forma que quede garantizada la posibilidad del ejercicio efectivo de estas vías de recurso para las partes interesadas.

[2] Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014 (DO 2014, L 130, p. 1).

5. Las autoridades de emisión y de ejecución se informarán mutuamente sobre los recursos interpuestos contra la emisión, reconocimiento o ejecución de la OEI.

6. La impugnación no suspenderá la ejecución de la medida de investigación, a menos que esté previsto en casos internos similares.

7. Toda impugnación que prospere contra el reconocimiento o la ejecución de una OEI será tenida en cuenta por el Estado de emisión con arreglo a su propio Derecho interno. 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.»

B. Derecho búlgaro

8. El artículo 6, apartado 1, de la Zakon za Evropeyskata zapoved za razsledvane (Ley sobre la Orden Europea de Investigación; en lo sucesivo, «Ley sobre la Orden Europea de Investigación») (DV n.º 16, de 20 de febrero de 2018) establece los «requisitos para la emisión de una orden europea de investigación»:

«La autoridad competente conforme al artículo 5, apartado 1, emitirá una orden europea de investigación tras a una evaluación individual si se cumplen los siguientes requisitos:

1. La emisión de la orden europea de investigación deberá ser necesaria y proporcionada a la luz de la finalidad del proceso penal y se tendrán en cuenta los derechos del investigado o acusado.

2. La investigación y las demás medidas procesales para cuya ejecución sea emitida la orden europea de investigación podrán llevarse a cabo en las mismas condiciones con arreglo a la legislación búlgara en un caso similar».

9. Ninguna disposición de la Ley sobre la Orden Europea de Investigación prevé la posibilidad de impugnar la emisión de una OEI.

10. El artículo 161, apartado 3, del Nakazatelno-protsesualen kodeks (Código de Enjuiciamiento Criminal; en lo sucesivo, «Código de Enjuiciamiento Criminal») (DV n.º 86/05, en su versión aplicable en el momento de la resolución de remisión DV n.º 83/19) dispone que, «en el procedimiento judicial, el registro y la incautación se llevarán a cabo mediante decisión del órgano jurisdiccional que conozca del caso».

11. El artículo 341, apartado 3, del Código de Enjuiciamiento Criminal excluye de la posibilidad de recurso contra cualquier acto que no figure expresamente enumerado. Por lo tanto, el Código de Enjuiciamiento Criminal no permite recurrir las órdenes de interrogatorio de testigos ni las de registro y de incautación en la vivienda o los locales comerciales.

12. Asimismo, el órgano jurisdiccional remitente explica que la persona afectada por el registro y la incautación o el interrogatorio de un testigo no puede impugnar la resolución, ya que no es parte en el procedimiento. Dicho órgano jurisdiccional hace referencia al artículo 318, apartado 1, del Código de Enjuiciamiento Criminal, con arreglo al cual «el procedimiento ante el tribunal de apelación se inicia a instancia del fiscal o mediante recurso de las partes». El

artículo 253 del Código de Enjuiciamiento Criminal enumera las partes del procedimiento: el fiscal; el acusado y su defensor; el querellante y la acusación particular, y el demandante y el demandado civiles.

III. Hechos, procedimiento nacional y cuestiones prejudiciales

13. El Sr. Gavanozov ha sido acusado de ser el cabecilla de una organización criminal dedicada a eludir la práctica de liquidaciones de IVA y a defraudar el IVA a muy gran escala. En tal contexto, se acusa a una sociedad checa de haber emitido cuatro facturas falsas que no correspondían a entregas efectivamente realizadas.

14. En la fase de instrucción del procedimiento no se practicaron medidas de investigación para obtener pruebas acerca de la sociedad checa y del testigo, que es el representante de dicha sociedad. Sin embargo, se comprobó que el Sr. Gavanozov y el testigo se comunicaban entre sí, bien a través de un intérprete o bien en inglés, puesto que ninguno de los dos dominaba la lengua materna del otro.

15. Aunque el testigo fue emplazado dos veces, no compareció, alegando compromisos previos. En lugar de comparecer, realizó una declaración en lengua checa en la que expuso que había recurrido a un intérprete en sus contactos profesionales con el Sr. Gavanozov debido a la barrera idiomática. El testigo tampoco compareció en la siguiente vista y no indicó cuándo podría comparecer.

16. En los autos que obran ante el órgano jurisdiccional remitente consta un contrato de representación exclusiva, redactado únicamente en búlgaro, celebrado entre el Sr. Gavanozov y la sociedad checa (representada por el testigo). El contrato está firmado por el testigo y lleva el sello de la sociedad checa.

17. El órgano jurisdiccional remitente resolvió que era necesario recabar nuevas pruebas acerca de la relación real del Sr. Gavanozov con el testigo. Por este motivo, decidió adoptar las siguientes medidas de investigación:

– practicar un registro y proceder a una incautación en los locales comerciales de la sociedad checa para determinar si el contrato de representación exclusiva se halla entre los documentos de la sociedad checa y si se han redactado documentos relacionados con la ejecución de dicho contrato;

– practicar un registro y proceder a una incautación en el domicilio del testigo para determinar si este guarda en su domicilio documentación relativa a la actividad objeto de la acusación;

– interrogar por videoconferencia al testigo, ya que este se niega a comparecer en Bulgaria para que se le tome declaración al alegar compromisos previos que se lo impiden.

18. Con arreglo al Derecho nacional, esta decisión del tribunal es firme y no puede ser recurrida ni por los intervinientes en el proceso ni por los interesados, es decir, ni la sociedad checa ni el testigo.

19. Habida cuenta de que las medidas de investigación las han de llevar a cabo las autoridades checas en virtud de su competencia territorial, el órgano jurisdiccional remitente considera necesario emitir una OEI para la práctica de un registro e incautación en los locales comerciales de la sociedad checa y en el domicilio del testigo y también para interrogar a este. No obstante, alberga dudas acerca de la compatibilidad de la legislación nacional con el Derecho de la Unión, pues tal legislación no prevé ninguna posibilidad de recurso contra la emisión de las OEI.

20. Con estos antecedentes de hecho y de Derecho, el Spetsializiran nakazatelen sad (Tribunal Penal Especial) decidió suspender el procedimiento y remitir las siguientes cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia:

«¿Es conforme con los artículos 14, apartados 1 a 4, y 1, apartado 4, y con los considerandos 18 y 22 de la Directiva [2014/41], así como con los artículos 47 y 7 de la Carta, en relación con los artículos 13 y 8 [CEDH], una normativa nacional que no contempla ninguna vía de recurso contra la emisión de una orden europea de investigación para proceder al registro de viviendas y locales comerciales, a la incautación de determinados bienes y al interrogatorio de un testigo?

¿Puede emitirse en estas circunstancias una orden europea de investigación?»

21. Han presentado observaciones escritas los Gobiernos checo, francés, italiano y austriaco y la Comisión Europea.

IV. Apreciación

22. Las presentes conclusiones siguen la siguiente estructura. Voy a comenzar aclarando el alcance del artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2014/41: ¿es realmente aplicable esta disposición tanto en el Estado miembro de emisión como en el de ejecución (A)? Seguidamente, me ocuparé de la naturaleza de la vía de recurso que exigen dicha disposición y el artículo 47 de la Carta, habida cuenta de las normas mínimas establecidas en el CEDH y en la jurisprudencia del TEDH (B). Solo después de estas aclaraciones podré entrar a examinar la cuestión principal que plantea el órgano jurisdiccional remitente en el presente asunto: ¿qué consecuencias debería extraer la autoridad de emisión del hecho de que su Derecho nacional no cumpla las normas mínimas del CEDH, como previa y repetidamente ha declarado la jurisprudencia del TEDH (C)?

23. Cabe añadir que el artículo 14 de la Directiva 2014/41 ya fue objeto de una petición de decisión prejudicial planteada por el mismo órgano jurisdiccional remitente en el asunto Gavanozov.[3] Sin embargo, en su respuesta en dicho asunto, el Tribunal de Justicia decidió centrarse en la forma en que la autoridad de emisión debía cumplimentar el formulario de la OEI. A diferencia del Abogado General,[4] el Tribunal de Justicia no analizó las consecuencias precisas del artículo 14 de la Directiva 2014/41.

A. ¿Es aplicable el artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2014/41 al Estado de emisión?

24. Quisiera señalar que el artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2014/41 nada dice en cuanto a si la obligación que allí se establece se dirige al Estado de emisión o al de ejecución. Hace referencia a la obligación de los *Estados miembros* de velar por que las vías de recurso *equivalentes* a las

[3] Sentencia de 24 de octubre de 2019 (C-324/17, EU:C:2019:892).

[4] Conclusiones del Abogado General Bot presentadas en el asunto Gavanozov (C-324/17, EU:C:2019:312).

existentes en un caso interno similar sean aplicables a las medidas de investigación indicadas en la OEI. El considerando 22 de la Directiva 2014/41, relativo a las vías de recurso, esta también redactado en términos genéricos y afirma que «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. […]»

25. El apartado 1 del artículo 14 de la Directiva 2014/41 es similar al apartado 4 del mismo artículo, también se destina a los «Estados miembros» e igualmente establece la obligación de prever unos plazos equivalentes y efectivos aplicables a los recursos. Asimismo, el apartado 6 no hace referencia a ningún Estado miembro concreto y también parece ser de aplicación general. Por lo tanto, estos apartados difieren de otros del artículo 14, como los apartados 2, 3, 5 y 7, que expresamente se dirigen bien a ambos Estados, el de emisión y el de ejecución (apartados 2, 3 y 5), o bien solo al Estado de emisión (apartado 7).

26. Habida cuenta del lenguaje general en el que está redactado el artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2014/41 y del uso que en él se hace de otros conceptos más precisos, pueden suscitarse dudas sobre si la disposición es aplicable al Estado de ejecución o al de emisión, dudas que se ven acentuadas por la estructura y la lógica de la Directiva 2014/41.

27. En primer lugar, el artículo 14 de la Directiva 2014/41 se integra en el capítulo III, titulado «Procedimientos y salvaguardias para el Estado de ejecución». No obstante, las disposiciones de la Directiva 2014/41 que afectan primordialmente al Estado de *emisión* se recogen en su capítulo II, titulado, «Procedimientos y salvaguardias para el Estado de emisión». ¿Qué sentido tendría situar las obligaciones del Estado miembro de emisión relativas a las vías de recurso en la sección de la Directiva dedicada al Estado miembro de ejecución?

28. En segundo lugar, no resulta fácil desentrañar lo que significa la obligación de prever vías de recurso *equivalentes*, en particular, para el Estado miembro de *emisión*. Lo probable es que las medidas de investigación emitidas por este Estado miembro sean equivalentes por definición, pues lo normal es que probablemente se adopten en primer lugar a modo de actos jurídicos nacionales. ¿O existe una presunción tácita de que puede haber Estados miembros que se aparten expresamente de sus sistemas nacionales de recursos ordinarios únicamente cuando emiten una OEI, a fin de, en la práctica, discriminar en perjuicio de (y ofrecer un menor nivel de protección en relación con) las medidas de investigación que se han de llevar a cabo en otros Estados miembros?

29. Resulta difícil imaginar que sea así. Además, con arreglo al artículo 6, apartado 1, letra b), de la Directiva 2014/41, el Estado de emisión solo puede emitir una OEI cuando «la medida o medidas de investigación requeridas en la OEI podrían haberse dictado en las mismas condiciones para un caso interno similar». Por lo tanto, en principio estas medidas ya están sometidas a un sistema nacional de recursos en el que existen tales vías de recurso.

30. Así pues, desde el punto de vista lógico y estructural, el artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2014/41 tendría más sentido si fuese aplicable al Estado miembro de ejecución. En el sistema de reconocimiento mutuo, las garantías de equivalencia suelen ser aplicables a los Estados miembros de ejecución y no tanto a los de emisión. Respecto a estos últimos, el principio de equivalencia presenta un carácter en cierto modo circular.

31. Sin embargo, todos los intervinientes en el presente procedimiento parecen optar implícitamente por la presunción de partida de que el artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2014/41 es aplicable a los Estados miembros *en ambos extremos*: como Estado miembro de *ejecución* y como Estado miembro de *emisión*. Por las razones que siguen, yo también doy por buena esta premisa como punto de partida.

32. En primer lugar, y quizá de forma más evidente, está el argumento lingüístico y sintáctico: por su propio sentido, lo más natural es que la expresión «Estados miembros», sin calificación alguna, se interprete referida tanto al Estado miembro de ejecución como al de emisión.

33. Asimismo, tal como he expuesto en el punto 25 de las presentes conclusiones, el artículo 14 de la Directiva 2014/41 se refiere específicamente a los Estados miembros de *ejecución* o de *emisión* o a las autoridades de *ejecución* y de *emisión* en sus diversos apartados. De igual manera, por analogía sistemática, la Decisión Marco sobre resoluciones de embargo preventivo [5] y la Decisión Marco sobre el exhorto europeo de obtención de pruebas, [6] en sus respectivas disposiciones sobre recursos, hacían referencia a los *Estados miembros*, antes de concretar expresamente los aspectos de los recursos que debían llevarse a cabo, respectivamente, en el Estado de emisión y en el de ejecución. Un modelo similar parece haber seguido el Reglamento (UE) 2018/1805, sobre el reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo y las resoluciones de decomiso. [7] Su artículo 33 tiene como epígrafe «Vías de recurso en el *Estado de ejecución* contra el reconocimiento y la ejecución de una resolución de embargo o una resolución de decomiso». [8] La misma postura adoptó la norma predecesora de dicho Reglamento. [9]

34. Por consiguiente, da la impresión de que, cuando el legislador de la Unión ha querido ser claro y diferenciar específica y nítidamente entre los Estados miembros de emisión y de ejecución, nada le ha impedido hacerlo. El hecho de que en el artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2014/41 (así como en el apartado 4 del mismo artículo) el legislador de la Unión haya elegido la fórmula general de «Estados miembros» parece dar a entender la intención de incluir *tanto* al Estado de emisión *como* al de ejecución, a pesar del epígrafe del capítulo III. [10] Por otro lado, si dicho capítulo puede contener disposiciones relativas expresamente al Estado de *emisión*, pese a que su epígrafe solo menciona al de *ejecución*, sin duda alguna dicho capítulo también puede contener disposiciones pertinentes para *ambos*, designados conjuntamente como «Estados miembros».

35. En segundo lugar, que el artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2014/41 también puede aplicarse al Estado miembro de emisión se deduce igualmente del apartado 2 del mismo artículo. Ambos apartados introducen una «división de competencias»: mientras que el artículo 14, apartado 1, establece una obligación general de equivalencia en las vías de recurso, el artículo 14, apartado 2, reserva al Estado de *emisión* el control *sustantivo* de la fundamentación de la emisión de la OEI.

5 Artículo 11, titulado «Recursos», de 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 (DO 2003, L 196, p. 45).

6 Artículo 18, titulado «Recursos», de 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).

7 Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018 (DO 2018, L 303, p. 1).

8 El subrayado es mío.

9 Artículo 9 de la Decisión Marco 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso (DO 2006, L 328, p. 59).

10 Cabe añadir que, en realidad, el epígrafe reza «Procedimientos y salvaguardias *para* el Estado de ejecución», no «Procedimientos y salvaguardias *en* el Estado de ejecución». Es cierto que una mínima protección jurídica en el Estado miembro de *emisión* es una forma de garantía para el Estado miembro de *ejecución*. El subrayado es mío.

36. Es totalmente lógico que el control sustantivo de la fundamentación se limite al Estado miembro de emisión. Sin embargo, si el artículo 14, apartado 2, de la Directiva 2014/41 se ha de entender como una cláusula de *exclusión* de competencia (que niega al Estado miembro de ejecución la competencia del control jurisdiccional sustantivo de la fundamentación), ¿no implica esto también una presunción inicial de que existe cierta posibilidad de control por parte del Estado miembro de emisión? De otra manera, en la práctica, el artículo 14, apartado 2, de dicha Directiva no significaría que «solo el Estado miembro de emisión puede revisar la fundamentación de una OEI», sino que «nadie puede revisarla» si en el Estado de emisión tal control no existe. En un caso como el presente, el artículo 14, apartado 2, constituiría una remisión en vacío. Por lo tanto, el riesgo que tal interpretación implica puede llevar a considerar que el (más estricto) alcance y objeto del artículo 14, apartado 2, realmente significa que el apartado 1 del mismo artículo ha de ser más amplio y se ha de aplicar tanto al Estado miembro de ejecución como al de emisión.

37. En tercer lugar, la misma conclusión viene confirmada por la finalidad general de la Directiva 2014/41. Tal como ha observado el Tribunal de Justicia, esta persigue, mediante el establecimiento de un sistema simplificado y más eficaz basado en la OEI como instrumento único, «facilitar y acelerar la cooperación judicial para contribuir a que se logre el objetivo atribuido a la Unión de llegar a ser un espacio de libertad, seguridad y justicia basado en el grado de confianza elevado que debe existir entre los Estados miembros».[11] Este espacio se basa «en la presunción *iuris tantum* de que los demás Estados miembros respetan el Derecho de la Unión y, en particular, los derechos fundamentales».[12] La atención que simultáneamente presta la Directiva 2014/41 a la eficiencia de la cooperación judicial y al respeto de los derechos fundamentales se expresa en el artículo 1, apartados 2 y 4. Mientras que el apartado 2 impone la obligación de ejecutar la OEI, el apartado 4 de ese artículo subraya la necesidad de respetar los derechos fundamentales.

38. El artículo 14 de la Directiva 2014/41 también contribuye a este equilibrio, al confiar en las soluciones ya existentes en los distintos Estados miembros en materia de vías de recurso. Así pues, al interpretar este principio de equivalencia en el sentido de que se aplica tanto al Estado de ejecución como al de emisión, se mantiene, respecto a ambos Estados, el mencionado equilibrio entre la eficiencia y la protección de los derechos fundamentales. La solución contraria, consistente en aplicar el artículo 14, apartado 1, solamente al Estado de ejecución, permitiría a los Estados miembros, al menos implícitamente, la posibilidad de ofrecer una protección jurídica menor frente a la OEI que frente a situaciones interiores similares.

39. Es cierto que, como ya he sugerido en los puntos 28 y 29 de las presentes conclusiones, no resulta inmediatamente evidente cómo y por qué un Estado miembro de emisión habría de discriminar deliberadamente entre las medidas de investigación estrictamente nacionales y las mismas medidas si adoptan la forma de una OEI.

40. Sin embargo, una eventual discriminación de este tipo no ha de ser necesariamente el resultado de una diferenciación *deliberada* por parte del Estado miembro. Podría ser simplemente el resultado de unas normas procesales diferentes en el Derecho interno, especialmente si no hay necesidad de un previo acto procesal nacional correspondiente para poder emitir una OEI. De esta manera, cabría perfectamente entender que la obligación de equivalencia se opone a que dicho estado someta las OEI de forma inadvertida a un sistema de recursos menos favorable que el aplicado a las mismas medidas de investigación cuando se ejecutan internamente, solo por haber hecho que estas se sometan a reglas procesales diferentes.

[11] Sentencia de 8 de diciembre de 2020, Staatsanwaltschaft Wien (Órdenes de transferencia falsificadas) (C-584/19, EU:C:2020:1002), apartado 39.

[12] *Ibid.*, apartado 40.

De este modo, la obligación de equivalencia trata de impedir que los Estados miembros debiliten la protección jurídica de las personas afectadas por medidas de investigación en una OEI en comparación con la que se ofrece a las personas afectadas por medidas estrictamente internas. [13]

41. En vista de lo anterior, considero que el artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2014/41 exige que las vías de recurso tanto en el Estado miembro de emisión como en el de ejecución respeten la obligación de equivalencia cuando existan tales vías de recurso.

42. Aunque ninguno de los intervinientes ha aludido a esta cuestión en particular, considero que esta conclusión preliminar reviste especial importancia. Solo si el artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2014/41 es aplicable también en el Estado miembro de emisión, entra en el ámbito del Derecho de la Unión la cuestión concreta de las vías de recurso disponibles en el referido Estado a los efectos del artículo 51, apartado 1, de la Carta, activando así todas las garantías basadas en ella, incluidas las de su artículo 47. De no ser así, entonces cabe considerar que la Directiva 2014/41 no regula en absoluto las vías de recurso en el Estado miembro de emisión, de modo que tampoco será aplicable la Carta a esta cuestión específica.

43. No obstante, la conclusión según la cual el artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2014/41 es aplicable a las vías de recurso del Estado miembro de emisión apenas aclara la naturaleza exacta de las vías de recurso necesarias. Así pues, la cuestión gira, consecuentemente, en torno a la vía de recurso precisa que se exige a los Estados miembros de emisión en virtud del artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2014/41 en relación con las disposiciones de la Carta.

B. ¿Cuál es la vía de recurso contemplada por el artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2014/41?

44. En cuanto a la obligación que se impone a los Estados miembros en materia de vías de recurso, es claro el tenor del artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2014/41: limita dicha obligación a la exigencia de *equivalencia*, tal como señalan los Gobiernos checo, francés y austriaco y la Comisión. [14]

1. Origen del criterio procesal: la diversidad y la naturaleza de las medidas de investigación

45. La exigencia de equivalencia parece ser consecuencia de la dificultad, reconocida en los trabajos preparatorios, de dar con una solución más detallada que respetase la variedad de sistemas de recursos existentes en los ámbitos nacionales para las distintas medidas de investigación que se habían de someter a la nueva Directiva. En la exposición de motivos de dicha Directiva se señalaba que el régimen de obtención de pruebas presentaba diferencias significativas entre los sistemas nacionales y se recalcaba la necesidad de mejorar la cooperación en este ámbito, sin que afectase a los aspectos o diferencias esenciales entre los sistemas nacionales. Por este motivo, no era «preciso establecer […] un único régimen de recursos». [15]

[13] De forma análoga a la Decisión Marco sobre el exhorto europeo de obtención de pruebas, que, en su artículo 18, apartado 2, relativo a los recursos, impuso expresamente al Estado de emisión la obligación de respetar el principio de equivalencia. Véase la nota 6 de las presentes conclusiones.

[14] Véase también la sentencia de 8 de diciembre de 2020, Staatsanwaltschaft Wien (Órdenes de transferencia falsificadas) (C-584/19, EU:C:2020:1002), apartado 60.

[15] 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 con vistas a la adopción de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al exhorto europeo de investigación en materia penal — Exposición de motivos (DO 2010, C 165, p. 22) (Documento del Consejo 9288/10 ADD 1, de 3 de junio de 2010).

46. En efecto, a diferencia de las normas predecesoras, que tenían un alcance más restringido, [16] la Directiva 2014/41 se aplica, en principio, a todas las medidas de investigación, [17] algunas de las cuales pueden ser coercitivas y otras, no; algunas pueden llevarse a cabo abiertamente, en tanto que otras pueden ser encubiertas por definición. La propia Directiva 2014/41 ilustra este aspecto mediante la relación de diversas medidas de investigación cuyos regímenes regula con mayor detalle. [18]

47. La *variedad* de las medidas de investigación y de los sistemas nacionales de recursos explica por qué el legislador optó por circunscribir la obligación del artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2014/41 a la exigencia de equivalencia y por apartarse igualmente a este respecto de la obligación general de ofrecer vías de recurso, que se imponía en las normas predecesoras de la Directiva 2014/41, que tenían un ámbito de aplicación más estricto. [19] Sobre este particular estoy de acuerdo con el Gobierno checo.

48. No obstante, la variedad de medidas de investigación sujetas a la Directiva 2014/41 no es el único factor que ha de determinar la naturaleza de la obligación impuesta por dicha Directiva en cuanto a las vías de recurso. Otro elemento importante es *la propia naturaleza* de las medidas de investigación dentro del procedimiento penal en su conjunto.

49. A este respecto, la situación de una persona sometida a una medida de investigación es bastante distinta de la situación del destinatario de una resolución judicial firme. Mientras que en este segundo caso han de regir íntegramente las garantías de los derechos procesales y deben ser respetadas a todo lo largo del procedimiento, aplicar el mismo criterio procesal a las medidas de investigación consideradas aisladamente podría socavar la utilidad práctica de dichas medidas o, al menos, de algunas de ellas. En efecto, exigir que el registro y decomiso o el seguimiento continuo de las operaciones bancarias (o de otro tipo) fuesen previa y oportunamente notificados al afectado, ofreciéndole la oportunidad de impugnar judicialmente las medidas, frustraría *de facto* cualquier finalidad práctica que estas pudieran perseguir.

2. Normas mínimas en la Directiva 2014/41

50. Sin embargo, lo anterior no significa que la emisión y la ejecución de una OEI no estén sujetas a norma alguna. En su sentencia dictada en el asunto Staatsanwaltschaft Wien, el Tribunal de Justicia ya señaló que, en la Directiva 2014/41, existe un «marco normativo que comprende un conjunto de garantías tanto en la fase de emisión o validación de una OEI […], con el fin de garantizar la protección de los derechos fundamentales de la persona afectada». [20]

[16] Véase el artículo 34 de la Directiva 2014/41, donde se declara que dicha Directiva sustituye: a las disposiciones correspondientes del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal del Consejo de Europa, de 20 de abril de 1959, así como a sus dos protocolos adicionales y los acuerdos bilaterales celebrados con arreglo a su artículo 26; al Convenio relativo a la Aplicación del Acuerdo de Schengen; al Convenio relativo a la Asistencia judicial en Materia Penal entre los Estados Miembros de la Unión Europea y su Protocolo; a la Decisión Marco 2003/577 y a la Decisión Marco 2008/978. Véanse las notas 5 y 6 de las presentes conclusiones.

[17] A excepción de los equipos conjuntos de investigación, que se siguen regulando por la Decisión Marco del Consejo 2002/465/JAI, de 13 de junio de 2002, sobre equipos conjuntos de investigación (DO 2002, L 162, p. 1).

[18] Véase el capítulo IV de la Directiva 2014/41, titulado «Disposiciones específicas para determinadas medidas de investigación», relativo, por ejemplo, al traslado temporal de detenidos; a la comparecencia por videoconferencia o conferencia telefónica; a la obtención de información sobre cuentas bancarias y otro tipo de cuentas financieras o sobre operaciones bancarias y otro tipo de operaciones financieras, o a las investigaciones encubiertas. El capítulo V se ocupa de la intervención de telecomunicaciones.

[19] Véanse las notas 5 y 6 de las presentes conclusiones.

[20] Sentencia de 8 de diciembre de 2020, Staatsanwaltschaft Wien (Órdenes de transferencia falsificadas) (C-584/19, EU:C:2020:1002), apartado 69.

51. En efecto, como acertadamente observan todos los intervinientes que han formulado observaciones en el presente procedimiento, el sistema establecido en la Directiva 2014/41 no puede ir en detrimento de la protección de los derechos fundamentales derivados de la Carta y, en virtud de su artículo 52, apartado 3, de las normas mínimas consagradas por el CEDH y explicitadas por el TEDH.

52. El estricto respeto de estas garantías quizá adquiera mayor importancia aún para los terceros en un procedimiento penal nacional. Resulta útil para ser conscientes de que, a diferencia del acusado o imputado, es difícil que dichos terceros gocen en algún momento de derechos procesales en la fase posterior o que puedan impugnar la legalidad de las medidas de investigación, siquiera indirectamente, por ejemplo, al solicitar que se excluyan las pruebas obtenidas o al recurrir la resolución final.

53. Así pues, las normas que ha de cumplir la emisión de una OEI (y las garantías que en ellas se contienen) se dividen en dos clases: de una parte, las derivadas de la propia Directiva 2014/41 y, de otra, el respeto general de los derechos fundamentales a los que, sin entrar en detalles, se refieren las disposiciones de dicha Directiva.

54. Dentro de la primera clase, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2014/41 declara que únicamente cabe emitir una OEI cuando sea necesaria y proporcionada a los fines de los procedimientos y cuando las medidas de investigación requeridas en ella podrían haberse dictado en las mismas condiciones para un caso interno similar. Este enfoque de la mínima intromisión necesaria también se refleja en otras disposiciones de la Directiva, cuyo hilo conductor es la reducción al mínimo o la supresión total de la intromisión a que pueda dar lugar una medida de investigación concreta. [21]

55. Respecto a la segunda categoría, las OEI se vinculan con el respeto de los derechos fundamentales en los dos extremos: en el Estado miembro de emisión y en el de ejecución. El artículo 1, apartado 4, de la Directiva 2014/41 recalca, en primer lugar, la obligación general de los Estados miembros de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos consagrados en el artículo 6 TUE. Esta declaración general se hace más específica en el artículo 11, apartado 1, letra f), que introduce un motivo *general y expreso* de denegación del reconocimiento y de la ejecución de una OEI «cuando existan motivos fundados para creer que la ejecución de la medida de investigación indicada en la OEI sería incompatible con las obligaciones del Estado miembro de ejecución de conformidad con el artículo 6 del TUE y de la Carta».

56. No obstante, en lo que atañe a las vías de recurso que permiten impugnar una OEI como tal, es justo admitir que la naturaleza de las medidas de investigación con frecuencia no será compatible con la posibilidad de impugnarlas por separado y *ex ante*, de manera que la impugnación constituya una posible forma de aplazar o descartar la ejecución de la medida.

[21] Por ejemplo, con arreglo al artículo 10, apartado 3, de la Directiva 2014/41, «la autoridad de ejecución podrá asimismo recurrir a una medida de investigación distinta a la indicada en la OEI cuando la medida de investigación elegida por la autoridad de ejecución tenga el mismo resultado por medios menos invasores de la intimidad que la medida de investigación indicada en la OEI». Por otro lado, las correspondientes disposiciones del capítulo IV, que detallan diversos tipos de medidas de investigación, establecen motivos específicos de denegación del reconocimiento y de la ejecución, añadidos a la lista general del artículo 11 de la Directiva 2014/41.

57. En otras palabras, alegar que siempre ha de existir una vía de recurso *ex ante*, consistente en un recurso ante los órganos jurisdiccionales, que permita impugnar judicialmente la legalidad de la medida difícilmente ayudará a encontrar el equilibrio adecuado entre la protección de los derechos fundamentales de las personas afectadas por la investigación y la necesaria efectividad de las medidas de investigación.

58. Así pues, la variedad de medidas antes mencionadas y su carácter general explican, en mi opinión, por qué el legislador de la Unión circunscribió a una exigencia de equivalencia la obligación del artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2014/41. Esto significa que, cuando no hay vías de recurso disponibles, dicha disposición no exige que el Estado miembro introduzca ninguna. Tal como señalan los Gobiernos checo y francés, esta postura parece haber sido sostenida ya por el Tribunal de Justicia en su sentencia en el asunto Gavanozov, habida cuenta del reiterado uso de la expresión «en su caso» al referirse a la disponibilidad de recursos en el Estado miembro de emisión. [22]

59. No obstante, esta declaración está sujeta a una importante reserva: lógicamente, la equivalencia solo es aceptable si la situación en el Estado de emisión, al que se dirige la exigencia de equivalencia, es por sí misma compatible con las normas mínimas de protección de los derechos fundamentales que imponen la Carta y el CEDH. En efecto, a este respecto estoy de acuerdo con los Gobiernos francés y austriaco y con la Comisión que señalan que la Directiva 2014/41 se basa en la presunción de que los Estados miembros respetan los derechos fundamentales. Dicho en pocas palabras, la equivalencia solo es aceptable *en la medida en que* no se invoque para validar una «violación equivalente» de las normas mínimas del CEDH.

3. Las normas mínimas de protección de los derechos fundamentales con arreglo al CEDH

60. A este respecto, es necesario exponer brevemente las exigencias mínimas declaradas por el TEDH. En efecto, tanto el órgano jurisdiccional remitente como varios de los intervinientes se remiten a una línea jurisprudencial del TEDH en la que se ha declarado reiteradamente que Bulgaria incumple el artículo 13 del CEDH, debido a la inexistencia de vías de recurso contra las órdenes de registro e incautación. [23]

61. En cuanto a la interpretación de las correspondientes disposiciones de la Carta, el artículo 52, apartado 3, de esta dispone que el CEDH constituye el nivel mínimo de protección que impone la Carta. Al menos en parte, el artículo 13 del CEDH se corresponde con el artículo 47, párrafo primero, de la Carta. No obstante, el artículo 47 exige una posibilidad de recurso judicial que no requiere necesariamente el artículo 13 del CEDH. [24]

62. Para despejar cualquier duda en relación con lo que exige exactamente el artículo 47 de la Carta en materia de recursos judiciales frente a las medidas de investigación, es importante precisar los requisitos mínimos que establece la jurisprudencia del TEDH.

[22] Sentencia de 24 de octubre de 2019, Gavanozov (C-324/17, EU:C:2019:892), apartados 25, 29, 30, 32, 33, 37 y 38 y la parte dispositiva.

[23] TEDH, sentencia de 19 de enero de 2017, Posevini c. Bulgaria (CE:ECHR:2017:0119JUD006363814), §§ 83 a 87. Véanse también TEDH, sentencias de 26 de julio de 2007, Peev c. Bulgaria (CE:ECHR:2007:0726JUD006420901), § 70; de 22 de mayo de 2008, Ilya Stefanov c. Bulgaria (CE:ECHR:2008:0522JUD006575501), § 59; de 15 de octubre de 2013, Gutsanovi c. Bulgaria (CE:ECHR:2013:1015JUD003452910), §§ 234 y 235; de 30 de septiembre de 2014, Prezhdarovi c. Bulgaria (CE:ECHR:2014:0930JUD000842905), §§ 26 a 28, 30 y 31 y 49 a 52; de 16 de febrero de 2016, Govedarski c. Bulgaria (CE:ECHR:2016:0216JUD003495712), §§ 38 a 40, y 72 a 75; de 31 de marzo de 2013, Stoyanov c. Bulgaria (CE:ECHR:2016:0331JUD005538810), § 152, y de 9 de junio de 2016, Popovi c. Bulgaria (CE:ECHR:2016:0609JUD003965111), § 122.

[24] Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales (DO 2007, C 303, p. 17).

63. El TEDH ha aclarado reiteradamente que el concepto de «recurso efectivo» utilizado por el artículo 13 del CEDH requiere la posibilidad de impugnar tanto la *legalidad* de las órdenes de registro e incautación como la forma en que se *ejecutan*.

64. El TEDH ha declarado que el concepto de «recurso efectivo» del artículo 13 del CEDH no presupone la posibilidad de impugnar la emisión de la orden con carácter previo al registro. [25] Sin embargo, en la sentencia Posevini, añadió que una medida disciplinaria contra la policía por la ejecución de un registro e incautación no puede considerarse un recurso a efectos del artículo 13 del CEDH. Lo importante en relación con la valoración del artículo 13 del CEDH es si la persona afectada por un registro e incautación ha tenido acceso a un procedimiento que le permita impugnar la legalidad de tal medida y obtener una compensación adecuada en caso de que la medida fuera indebidamente ordenada o ejecutada. [26] El TEDH ha recalcado que ha de existir la posibilidad de «impugnar un registro en sí o la forma en que este se ha ordenado o autorizado». [27]

65. En otras palabras, por un lado, una propuesta de apertura de procedimiento disciplinario contra la policía por extralimitarse en la ejecución no basta para dar cumplimiento a la exigencia de un recurso efectivo con arreglo al artículo 13 del CEDH. Por otro lado, esta disposición no llega al punto de exigir un recurso contra la resolución judicial por la que se ordena el registro e incautación, que haya de poder ejercitarse antes de que esta medida se ejecute. El TEDH no exige que el recurso permita a la persona interesada evitar que tenga lugar la ejecución del registro e incautación, ni que se pueda ejercitar en cualquier momento específico del procedimiento asociado a dicha medida. Tampoco es necesario que el recurso esté disponible dentro del procedimiento penal al que la orden de registro e incautación se refiere.

66. De la jurisprudencia del TEDH, extraigo las siguientes conclusiones. En primer lugar, debe ser posible impugnar la legalidad del registro e incautación *en algún momento*, pero no necesariamente (lo que es lógico) antes de su ejecución. En segundo lugar, este control y su iniciativa han de corresponder claramente al *interesado*: no pueden depender de la iniciativa o la discrecionalidad de un tercero, como puede ser un control interno dentro de la policía. En tercer lugar, los dos aspectos del registro e incautación deben ser susceptibles de recurso: no solo el relativo a los posibles excesos en la ejecución de la medida, sino también el referido en primer lugar a la legalidad de su adopción en sí.

67. Por poner un ejemplo sencillo: una persona cuya puerta forzó la policía un día de madrugada ha de tener la ocasión de iniciar, ante una autoridad del Estado miembro, un control subsiguiente que no se limite a comprobar si era realmente necesario forzar la puerta o romper el brazo de la persona que supuestamente se resistió al registro en el proceso (la *forma de ejecución* de la medida), sino que también entre a valorar si el registro fue, de hecho, debidamente ordenado (la *legalidad* de la propia medida).

68. Esta es la naturaleza del derecho garantizado por el CEDH, y, en la salvaguardia *de dicho derecho*, el artículo 47 garantiza la posibilidad de acudir ante un órgano jurisdiccional en su debido momento.

[25] Sentencia del TEDH de 22 de mayo de 2008, Ilya Stefanov/Bulgaria (CE:ECHR:2008:0522JUD006575501), § 59.

[26] Véase TEDH, sentencia de 19 de enero de 2017, Posevini c. Bulgaria (CE:ECHR:2017:0119JUD006363814), § 84. Véase también TEDH, sentencia de 16 de febrero de 2016, Govedarski c. Bulgaria (CE:ECHR:2016:0216JUD003495712), § 94, donde el TEDH observó que «aucune disposition du droit interne ne permettait [aux demandeurs] de contester la régularité et la nécessité d'une perquisition du domicile […]». En su sentencia de 30 de septiembre de 2014, Prezhdarovi c. Bulgaria (CE:ECHR:2014:0930JUD000842905), § 50, el TEDH criticó la ausencia de normas claras respecto al alcance del control jurisdiccional, así como la inexistencia de cualquier control significativo de la legalidad y de la justificación del registro e incautación.

[27] Véase TEDH, sentencia de 19 de enero de 2017, Posevini/Bulgaria (CE:ECHR:2017:0119JUD006363814), § 85.

69. Sin embargo, el hecho de que deba existir la posibilidad de rebatir las conclusiones ante un tribunal independiente en virtud del artículo 47, párrafo primero, de la Carta no altera la naturaleza del derecho subyacente ni se opone a la posibilidad de insertar un recurso administrativo previo o la obligación preliminar de interponer una reclamación administrativa antes de llevar el asunto ante un órgano jurisdiccional nacional. [28]

4. Resumen provisional y la auténtica cuestión

70. Vista y entendida en este contexto, nada en la jurisprudencia del TEDH puede evitar la ejecución de las medidas de investigación con arreglo a la Directiva 2014/41. De igual manera, no hay nada que obste a la aplicabilidad del artículo 47 de la Carta, cuando proceda, tanto a la forma en que se ha llevado a cabo una medida de investigación en el Estado miembro de ejecución por parte de sus autoridades, como a la legalidad de la propia orden al amparo de la cual las autoridades del Estado miembro de emisión dictan la OEI. En efecto, la división de competencias que introduce el artículo 14, apartados 1 y 2, de la Directiva 2014/41 parece reflejar precisamente este enfoque.

71. Todas estas aclaraciones referentes al oportuno ámbito de aplicación de la Directiva 2014/41, así como a la jurisprudencia del TEDH y a las normas mínimas exigidas eran necesarias para poder encuadrar y, eventualmente, abordar el auténtico problema del presente asunto. La cuestión no reside necesariamente en la compatibilidad de la legislación nacional con alguna disposición concreta de la Directiva 2014/41. La verdadera cuestión va un paso más adelante y metafóricamente se sitúa a las puertas del sistema en su conjunto: ¿puede un Estado miembro emitir una OEI, aunque sea consciente de que con ella vulnera las normas mínimas del CEDH y, por tanto, el nivel mínimo de protección exigido por el Derecho de la Unión?

C. Un Estado miembro que incumple las normas mínimas del CEDH no puede emitir una OEI que esté abocada a incurrir en el mismo tipo de incumplimiento

72. Con la segunda cuestión prejudicial planteada en el presente procedimiento, el órgano jurisdiccional remitente desea saber si puede emitir una OEI de registro e incautación en los locales de una sociedad y en una vivienda particular y si puede interrogar a un testigo en una situación en que las personas afectadas por dichas medidas no disponen de ningún recurso con arreglo al Derecho nacional.

73. En mi opinión, la respuesta es «no, no puede». *Mientras* el Estado miembro emisor no haya garantizado el cumplimiento de las normas mínimas exigidas por el CEDH y expuestas en la sección anterior de las presentes conclusiones, las autoridades del referido Estado no pueden participar en el sistema establecido por la Directiva 2014/41.

74. Como acertadamente han señalado, en particular, los Gobiernos francés y austriaco y la Comisión, la participación en el sistema de asistencia judicial y en el reconocimiento mutuo en virtud de la Directiva 2014/41 presupone que todos los participantes cumplan los requisitos mínimos de protección de los derechos fundamentales.

[28] Véanse mis conclusiones presentadas en el asunto El Hassani (C-403/16, EU:C:2017:659), puntos 116 y 117 y jurisprudencia citada. Por extensión, véanse también las sentencias de 13 de diciembre de 2017, El Hassani (C-403/16, EU:C:2017:960), apartados 39 a 41, y de 10 de marzo de 2021, Konsul Rzeczypospolitej Polskiej w N. (C-949/19, EU:C:2021:186), apartados 45 y 46.

75. Sin duda, la peculiaridad del presente asunto reside en el hecho de que las cuestiones prejudiciales las ha planteado un órgano jurisdiccional del Estado miembro de emisión, cuando el procedimiento aún se halla en una fase previa al reconocimiento. El órgano jurisdiccional remitente contempla la emisión de una OEI, pero hasta el momento ningún acto ha atravesado las fronteras.

76. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al reconocimiento mutuo en materia penal normalmente se ha enfrentado a cuestiones remitidas por las autoridades de *ejecución* relacionadas con dudas sobre si el Derecho de la Unión les permitía atender peticiones formuladas por las autoridades de otros Estados miembros. En efecto, los instrumentos basados en el reconocimiento mutuo habitualmente han situado en el lado de los Estados de ejecución los mecanismos dirigidos a evitar que un acto defectuoso genere los efectos jurídicos deseados. El presente asunto es un raro ejemplo de ejercicio de autocontrol por parte de la autoridad de emisión, ante sus dudas incluso acerca de su facultad para impulsar un determinado instrumento de reconocimiento mutuo.

77. No obstante, en modo alguno se puede deducir de lo anterior que el Derecho de la Unión sea insensible ante la situación del Estado miembro de emisión.

78. Desde el punto de vista práctico, la Directiva 2014/41 regula diversos aspectos relativos al Estado miembro de emisión y le impone una serie de exigencias. Estas se ven acentuadas por la obligación general de respetar los derechos fundamentales, prevista en el artículo 1, apartado 4, de dicha Directiva, que incumbe a todas las autoridades judiciales pertinentes.

79. Sin embargo, cuando se analiza desde la perspectiva de los principios, es cuando el problema se hace evidente. No me imagino cómo puede existir «confianza mutua» dentro de un sistema donde los Estados miembros de emisión pueden emitir actos que, por principio y como ya he expuesto, incumplen las normas mínimas a las que se adhiere todo el sistema, pese a lo cual —y con independencia de tal hecho— se permite abiertamente que tales actos tengan acceso a él.

80. Ciertamente, no creo que sea necesario reiterar la abundante jurisprudencia que existe al respecto, donde se recalca la importancia de la confianza mutua para el reconocimiento mutuo y el funcionamiento de los numerosos mecanismos de cooperación judicial en materia penal dentro de la Unión Europea. [29] Específicamente, la exigencia de confianza mutua, o, de forma más realista, la prohibición de desconfianza, significa que las autoridades del Estado miembro de ejecución deben *presumir* que en el Estado miembro de emisión se han observado las normas y los derechos fundamentales, por lo que, salvo en supuestos excepcionales, *no deben verificar* si el acto adoptado en el Estado miembro de emisión respeta los derechos fundamentales. [30]

81. El Tribunal de Justicia ha recalcado también que «incumbe a los Estados miembros, singularmente en virtud del principio de cooperación leal establecido en el artículo 4 TUE, apartado 3, párrafo primero, asegurar en sus respectivos territorios la aplicación y el respeto del

[29] Véanse, por ejemplo, recientemente, las sentencias de 8 de diciembre de 2020, Staatsanwaltschaft Wien (Órdenes de transferencia falsificadas) (C-584/19, EU:C:2020:1002), apartado 40, o de 10 de marzo de 2021, PI (C-648/20 PPU, EU:C:2021:187), apartado 35 y jurisprudencia citada.

[30] Véase, por ejemplo, el dictamen 2/13 (Adhesión de la Unión Europea al CEDH), de 18 de diciembre de 2014 (EU:C:2014:2454), apartado 192. Véase también la sentencia de 6 de marzo de 2018, Achmea (C-284/16, EU:C:2018:158), apartado 34 y jurisprudencia citada.

Derecho de la Unión y adoptar, con este fin, todas las medidas generales o particulares apropiadas para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión […]». [31]

82. En tales circunstancias, un Estado miembro que se sirva del sistema y sea consciente de que los actos que adopta en realidad son incompatibles con las garantías mínimas exigidas en relación con los derechos fundamentales, en mi opinión, no está actuando conforme al espíritu de cooperación leal. Tales actos no pueden generar confianza mutua alguna. Antes bien, son lo contrario a ella, pues fuerzan a cualquier otro participante en el sistema, especialmente al Estado miembro de ejecución, a adoptar la *desconfianza mutua* como postura por defecto. ¿Cómo puede generarse confianza mutua dentro de un sistema en el que se permite abiertamente a algunos de sus participantes incumplir las reglas?

83. Ha de admitirse que la Directiva 2014/41 contiene diversas garantías que aseguran el respeto de los derechos fundamentales en lo que respecta al reconocimiento y ejecución de la medida de investigación de que se trate en el Estado miembro de ejecución. [32] Entre dichas garantías figura el motivo de denegación del artículo 11, apartado 1, letra f), de la Directiva 2014/41, que puede desembocar en una denegación basada en la inobservancia de los derechos fundamentales.

84. Sin embargo, esto no significa en modo alguno que toda la responsabilidad pueda trasladarse al Estado miembro de ejecución. Una vez más, la cooperación leal (y la confianza mutua) se basa en la interrelación: por definición, implica a todas las partes de la transacción. El Tribunal de Justicia ha recalcado esta idea al declarar que el respeto de los derechos fundamentales es una *obligación compartida* que incumbe tanto al Estado miembro de emisión como al de ejecución. La obligación inicial de garantizar el cumplimiento de los derechos fundamentales se carga directamente sobre los hombros del Estado miembro de emisión. [33] Permitir que entre en el sistema una OEI que, desde el principio, es incompatible con él significaría trasladar toda la responsabilidad de la protección de los derechos fundamentales, en exclusiva, a las autoridades de ejecución, [34] autoridades que en algunos casos podrán advertir esta circunstancia, mientras que en otros no serán conscientes de ella en absoluto.

85. En mi opinión, practicar este juego de «ruleta rusa» con los derechos individuales sería totalmente incompatible, desde el punto de vista conceptual, con el enfoque adoptado por el sistema de reconocimiento mutuo. La autoridad de emisión sería consciente de que la OEI emitida vulnera derechos fundamentales, pero dejaría la apreciación de esta circunstancia a la supervisión de la autoridad de ejecución para ver si esta cae en la cuenta de ello, lo que derivaría en una protección selectiva de los derechos fundamentales de las personas afectadas. [35]

[31] Sentencia de 6 de marzo de 2018, Achmea (C-284/16, EU:C:2018:158), apartado 34 y jurisprudencia citada.

[32] Expuestas en los puntos 53 y 54 de las presentes conclusiones.

[33] Véase, por ejemplo, la sentencia de 23 de enero de 2018, Piotrowski (C-367/16, EU:C:2018:27), apartado 50 y jurisprudencia citada, donde se confirma, en relación con la orden de detención europea, la *responsabilidad esencial del Estado miembro de emisión* de garantizar el respeto de los derechos fundamentales.

[34] A este respecto, estoy plenamente de acuerdo con las conclusiones del Abogado General Bot presentadas en el asunto Gavanozov, en cuanto que tal solución no solo desafía la estructura general de la Directiva 2014/41, sino el propio concepto de confianza mutua (C-324/17, EU:C:2019:312), puntos 84 a 87.

[35] Todo ello lleva a pensar en un hipotético fabricante de automóviles que pusiese vehículos en circulación pese a estar al tanto de que todos ellos presentan una deficiencia técnica, confiando en que las inspecciones policiales no fuesen excesivamente frecuentes y en que, cruzando los dedos, dicha deficiencia técnica no hubiera de causar muchos accidentes de tráfico en que resultasen lesionados o dañados los pasajeros u otros usuarios de la vía.

86. Por otro lado, esta ruleta rusa no solo traslada la responsabilidad de detectar la infracción al Estado miembro de ejecución, sino que también convierte al Estado miembro de ejecución en potencial cómplice de la infracción, en caso de que esta no llegue a detectarse y evitarse. De este modo, los Estados miembros implicados correrían el riesgo de incurrir en incumplimiento de las exigencias desarrolladas por el TEDH en la sentencia Avotiņš, [36] dando lugar a su responsabilidad con arreglo al Derecho internacional. [37]

87. En efecto, la sentencia Avotiņš, así como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la posible denegación del reconocimiento o de la ejecución de los actos de un Estado miembro de emisión en el Estado miembro de ejecución, [38] versan sobre déficits sistémicos o deficiencias sistémicas en el Estado miembro de emisión que pueden tener consecuencias en el Estado miembro de ejecución.

88. No obstante, o quizá con mayor motivo, no entiendo por qué, si dichas consecuencias se establecen para las «macrodeficiencias» (sistémicas), es decir, cuando todo el sistema se hace disfuncional, [39] y para las que podríamos llamar deficiencias sectoriales, [40] no ha de suceder lo mismo con las simples «microdeficiencias», es decir, las apreciadas solo en relación con elementos procesales concretos.

89. Además, si el enfoque es que, a partir de determinado momento, el Estado miembro de ejecución deja de estar obligado a reconocer o ejecutar los actos procedentes de determinados Estados miembros de emisión, [41] ¿no implica necesariamente esta afirmación también que al Estado miembro de emisión, cuando sepa que no cumple las normas, ha de impedírsele el acceso a un sistema de cooperación judicial cuyos requisitos de entrada ha dejado de cumplir?

90. En cierto modo, esta conclusión no solo es inherente al enfoque adoptado por el sistema, sino que también es mucho más *proporcionada*. En lugar de cargar a todo el sistema de cooperación judicial (y a cada uno de los participantes individuales de los Estados) con la tarea de examinar individualmente, de forma reiterada, los posibles motivos de denegación del reconocimiento y de la ejecución, ¿no es más razonable suspender temporalmente la fuente reconocida y contrastada del problema para que, antes de ser readmitida en él, pueda garantizar que cumple las normas mínimas? Tal solución parece mucho más sensata, ya que, a diferencia de la situación en que se ha de demostrar que la posible deficiencia sistémica constituye una amenaza para la situación individual de la persona interesada, [42] en el caso de una regulación sectorial deficiente que afecta a

36 TEDH, sentencia de 23 de mayo de 2016, Avotiņš c. Letonia (CE:ECHR:2016:0523JUD001750207), § 116.

37 Véase, recientemente, TEDH, sentencia de 25 de marzo de 2021, Bivolaru y Moldovan c. Francia, CE:ECHR:2021:0325JUD004032416.

38 Sentencias de 21 de diciembre de 2011, N. S. y otros (C-411/10 y C-493/10, EU:C:2011:865); de 5 de abril de 2016, Aranyosi y Căldăraru (C-404/15 y C-659/15 PPU, EU:C:2016:198), y de 25 de julio de 2018, Minister for Justice and Equality (Deficiencias del sistema judicial) (C-216/18 PPU, EU:C:2018:586).

39 Sentencia de 25 de julio de 2018, Minister for Justice and Equality (Deficiencias en el sistema judicial) (C-216/18 PPU, EU:C:2018:586), apartados 58 a 62.

40 Donde lo que se denuncia es un déficit en relación con determinados aspectos, como pueden ser las condiciones que se imponen a los solicitantes de protección internacional (sentencia de 21 de diciembre de 2011, N. S. y otros, C-411/10 y C-493/10, EU:C:2011:865, apartados 89 y 90, 94 y 106) o las condiciones de internamiento (sentencia de 5 de abril de 2016, Aranyosi y Căldăraru, C-404/15 y C-659/15 PPU, EU:C:2016:198, apartados 89 a 94), sin que en ninguno de estos casos se haya afirmado que todo el sistema judicial del Estado miembro se viera afectado por dichos déficits.

41 Idea corroborada por última vez por el Tribunal de Justicia en su sentencia de 17 de diciembre de 2020, Openbaar Ministerie (Independencia de la autoridad judicial emisora) (C-354/20 PPU y C-412/20 PPU, EU:C:2020:1033), y posteriormente aplicada por el rechtbank Amsterdam (Tribunal de Primera Instancia de Ámsterdam, Países Bajos) en su sentencia de 10 de febrero de 2021, asunto n.º RK 20/771 13/751021-20, NL:RBAMS:2021:420.

42 Lo que exige un doble examen en que se analice tanto el aspecto estructural (sistémico y generalizado) como el individual del caso concreto: sentencia de 25 de julio de 2018, Minister for Justice and Equality (Deficiencias en el sistema judicial) (C-216/18 PPU, EU:C:2018:586), apartados 61 y 68, confirmada en la sentencia de 17 de diciembre de 2020, Openbaar Ministerie (Independencia de la autoridad judicial emisora) (C-354/20 PPU y C-412/20 PPU, EU:C:2020:1033), apartados 54 y 55.

un único aspecto es evidente que no hay posibilidad alguna de emitir un acto que cumpla lo exigido. Por definición, todos los actos emitidos estarán contaminados, pues la propia legislación en que se basan no cumple las exigencias.

91. En pocas palabras, quien desee utilizar el sistema de asistencia judicial y reconocimiento mutuo de la Directiva 2014/41 o de cualquier otro instrumento de cooperación judicial y reconocimiento mutuo de este tipo, metafóricamente hablando, debe llegar con las manos limpias o, mejor dicho, no puede llegar sabiendo que trae las manos sucias. La inobservancia de esta regla de higiene básica, que ha sido reiteradamente reconocida y sistemáticamente recalcada, puede motivar que se invite a esa persona a abandonar la habitación y regresar solo cuando haya encontrado jabón y haya adoptado las medidas necesarias.

92. En el contexto específico del presente asunto, como ya he expuesto, el TEDH declaró en la sentencia Posevini [43] y otras anteriores que Bulgaria infringía la obligación de proporcionar un recurso efectivo en el sentido del artículo 13 del CEDH, al no contar con ningún procedimiento que permitiese impugnar la legalidad de las órdenes de registro e incautación ni obtener una compensación adecuada. [44] Tal como se afirma en dichas sentencias, el Gobierno búlgaro efectivamente había reconocido este déficit y había encomendado al Consejo de Ministros su solución, [45] pero sin resultados hasta la fecha, tal como se señala también en la resolución de remisión del presente asunto.

93. En resumen, mientras no se subsane la referida deficiencia legislativa, las autoridades del Estado miembro de que se trata no están desde luego facultadas para emitir una OEI que, con carácter automático e inevitable, implique la misma violación de los derechos fundamentales que (la que) ya ha sido apreciada por el TEDH.

94. Nótese que no se ha detectado un problema similar en relación con la decisión de ordenar el interrogatorio de un testigo. A este respecto, estoy de acuerdo con los Gobiernos francés y austriaco en que, por su propia naturaleza, esta medida difícilmente puede entrañar una intromisión grave en los derechos fundamentales de la persona como la de una orden de registro e incautación.

95. Por otro lado, el artículo 24 de la Directiva 2014/41 contiene un detallado procedimiento de interrogatorio de testigos por videoconferencia u otros medios de transmisión audiovisual. Alternativamente, el artículo 25 de la propia Directiva se refiere al interrogatorio de testigos por conferencia telefónica. Estas disposiciones contienen garantías específicas; en particular, un motivo de denegación del reconocimiento o de la ejecución en virtud del artículo 24, apartado 2, de dicha Directiva; la obligación de la autoridad de ejecución de respetar los «principios fundamentales del Derecho del Estado de ejecución» de conformidad con el apartado 5, letra a), del mismo artículo, y la obligación de informar sobre los derechos procesales, incluido el derecho a no declarar, con arreglo a la letra e) de este último apartado.

96. Dicho esto, no creo que limitar la solución del presente asunto a las órdenes de registro e incautación pueda proporcionar una solución sistémica a una potencialmente amplia lista de hipotéticas violaciones de los derechos fundamentales. Como ya he señalado, las diversas

[43] TEDH, sentencia de 19 de enero de 2017, Posevini c. Bulgaria (CE:ECHR:2017:0119JUD006363814).

[44] Véase la nota 23 de las presentes conclusiones.

[45] Véase TEDH, sentencia de 19 de enero de 2017, Posevini c. Bulgaria (CE:ECHR:2017:0119JUD006363814), § 47.

medidas de investigación pueden presentar distintos grados e intensidades de intromisión. Desde este punto de vista, no parece fácil poder establecer un criterio abstracto para declarar que una determinada medida de investigación *nunca* será fuente de conflicto.

97. Por lo que respecta, en concreto, al interrogatorio de testigos, si bien cabe calificar de «leve» la intromisión en la esfera personal, tampoco se puede descartar que el interrogatorio de un testigo concreto en una situación determinada pueda constituir una violación de legítimos derechos individuales, como los derechos de personas vulnerables cuya situación específica no haya sido tenida debidamente en cuenta al adoptarse la OEI en que se ordena el interrogatorio. En tal situación, la persona afectada también ha de tener acceso a una vía de recurso que permita controlar la legalidad de la medida y obtener la oportuna reparación.

98. En resumen, corresponde a las autoridades de emisión asegurarse de que sus propios actos no están contaminados de ilegalidad debido al incumplimiento de las normas mínimas establecidas en el CEDH cuando dichos actos accedan al sistema de la Directiva 2014/41.

V. Conclusión

99. Propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Spetsializiran nakazatelen sad (Tribunal Penal Especial, Bulgaria) del modo siguiente:

«Los artículos 14, apartado 1, y 1, apartado 4, 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, en relación con el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y con el artículo 4 TUE, apartado 3, se oponen a la situación en la que una legislación nacional no contempla ninguna vía de recurso contra la emisión de una orden europea de investigación, si la emisión de dicha orden dará lugar de forma automática e ineludible a igual infracción de las normas mínimas garantizadas por el Convenio Europeo de Derechos Humanos que la que ya ha sido apreciada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Las citadas disposiciones también se oponen a la emisión de una orden europea de investigación en tales circunstancias.»